

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA SOUVERAINETÉ
DANS
LE DROIT PUBLIC
MUSULMAN SUNNITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le jeudi 1^{er} février 1917,
à 3 heures de l'après-midi*

PAR

Ahmed SAKKA

Diplômé de l'École des Sciences Politiques

Président : M. LARNAUDE, professeur doyen
Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
 { *J. BARTHÉLEMY, professeur*

PARIS
JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS
15, Rue Racine (VI^e)

1917

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA SOUVERAINETÉ
DANS
LE DROIT PUBLIC
MUSULMAN SUNNITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le jeudi 1^{er} février 1917,
à 3 heures de l'après-midi*

PAR

Ahmed SAKKA

Diplômé de l'École des Sciences Politiques

Président : M. LARNAUDE, professeur doyen

Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
J. BARTHÉLEMY, professeur

PARIS

JOUBE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine (VI^e)

1917



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE LA SOUVERAINETÉ
DANS
LE DROIT PUBLIC
MUSULMAN SUNNITE

INTRODUCTION

L'étude de la souveraineté dans le droit public musulman sunnite est extrêmement vaste et hérissée de difficultés en raison de son caractère historique. Elle est faite de précédents pour une bonne part et la difficulté consiste précisément dans l'interprétation de ces précédents historiques. Les limites nécessairement très restreintes de ce mémoire qui nous obligent de n'envisager que les solutions traditionnelles, ne nous permet pas de l'entreprendre dans toute son ampleur. Nous n'envisagerons donc qu'un seul côté du problème, le côté qui nous a paru offrir le plus d'intérêt.

Nous nous expliquons.

Au point de vue du droit public musulman, une

double distinction est nécessaire : celle des territoires et celle des personnes. Au point de vue du sol, il existe trois catégories de territoires :

a) Dar el Harb, c'est le territoire de guerre, sa situation juridique est déterminée par les lois de la guerre sainte ;

b) Dar el Solh, territoires vassaux jouissant d'une certaine autonomie politique, mais liés, pour un temps, ou pour toujours, par un lien contractuel qui a le caractère de charte octroyée, par laquelle le calife accorde à ces pays le droit de vivre et la conservation de la propriété de leurs territoires. Ceux-ci en retour, s'engagent à payer un tribut, une capitation, enfin certaines charges particulières contenues dans le traité ;

c) Dar es Salam, c'est le territoire même de la communauté musulmane composé de la terre d'Islam proprement dite et des pays annexés dont la communauté a acquis la propriété par droit de conquête.

Il ne faut pas d'ailleurs s'exagérer l'importance de cette classification qui se retrouve dans tous les ouvrages des légistes musulmans. Elle est beaucoup plus théorique que pratique. En fait, étant donnée la rapidité avec laquelle les frontières de l'Empire se mouvaient avec les armées victorieuses des califes ; étant donnée la diversité infinie des modalités, des traités que chaque chef d'armée passait avec les peuples vaincus, leur imprécision dont s'empres-

saient de profiter les populations converties, il était difficile de fixer les limites de Dar es Selam. On pourrait les fixer, par exemple, sous Omar, de la façon suivante : une ligne de démarcation passerait au nord de la Syrie et de la Mésopotamie, englobant une bonne partie de la Perse, l'Arabie, l'Égypte et quelques contrées adjacentes.

Théoriquement, cependant, cette division tient, nous le répétons, une place considérable, pour les conséquences importantes qu'elle entraîne, notamment quant à l'inviolabilité des personnes et des biens et à l'attribution de la propriété territoriale.

C'est dans les limites de Dar es Salam, que nous analyserons la notion de la souveraineté du droit musulman, le fondement, la nature, l'assiette, les limites de la puissance califale.

La seconde division est relative aux personnes. Il importe, en effet, de distinguer les idolâtres des gens de l'Écriture (juifs et chrétiens), et des musulmans. Les premiers sont mis au ban de l'humanité ; s'ils persistent dans l'erreur, point de quartier pour eux : ils doivent se convertir ou mourir ; quant aux seconds on ne les tue pas. La proclamation de la tolérance religieuse est une des plus belles gloires de l'Islam. Mais cette liberté de conscience est subordonnée à une condition, c'est que ces infidèles consentent à s'humilier devant Dieu en se soumettant à sa loi, c'est-à-dire à la volonté des musulmans, pour tout ce

qui concerne leur temporel. Ils supportent, en outre, des charges avilissantes, sans d'ailleurs aucune idée de persécution, charges destinées à les maintenir dans un état inférieur et à marquer l'avantage qu'il y a de sortir de l'erreur et d'épouser la cause de Dieu, dispensateur unique des faveurs.

Ainsi asservi, l'infidèle se nomme « dhimmy », protégé. Au prix de sa liberté et de son indépendance il acquiert le droit à la vie et à la protection de l'Islam. Le dhimmy qui s'est mis entièrement sous l'égide du droit musulman vivant en terre d'Islam et le solhi que, en raison de l'imprécision et de l'instabilité territoriale, on appelle souvent dhimmy, sont, en principe général, à peu près dans la même situation juridique, à l'égard de la souveraineté de l'État musulman.

Les quelques différences méritent, pour être relevées, une étude attentive de la question. Signalons la difficulté et bornons-nous à dire, quant aux dhimmys vivant en territoire d'Islam, que pour eux la question est relativement simple. Le dhimmy n'a aucun droit politique ; il y a entre lui et l'État musulman, à la base de leurs relations, l'idée du contrat : protection d'une part, charges de l'autre. Il s'est mis sous l'égide de la puissance musulmane, volontairement ou par la force de la conquête, peu importe, et, moyennant capitation, il a droit à la protection de sa personne et de ses biens, partout où l'Islam

étend son ombre tutélaire. Cependant quoique sujet, sa qualité d'infidèle le rend étranger parmi les citoyens. Notre étude de la souveraineté concerne donc seulement la troisième catégorie des personnes les musulmans.

Ces deux classifications ne sont pas, comme bien l'on pense, absolument indépendantes l'une de l'autre. Ainsi, lorsque toute la population d'un territoire se convertit, cette conversion a pour effet de leur étendre, de plein droit, tout les droits et privilèges des musulmans et de les fondre dans la masse des citoyens. Le caractère du pays change au point de vue des personnes ; quant au sol, il demeure frappé de toutes les charges et déchéances qui l'ont grevé lors de la conquête : il conservera son caractère tributaire. Néanmoins la conversion des habitants a pour effet de transformer sa situation au point de vue du droit public général : de territoire solhi qu'il était, il devient terre d'Islam.

Enfin, cette étude n'embrasse que le droit public musulman classique et selon les rites sunnites, c'est-à-dire les écoles qui observent comme loi fondamentale à l'égal du *Coran*, les traditions du Prophète ou sunna et les actes des quatre premiers califes qualifiés « dirigés de Dieu ».

Ces écoles, au nombre de quatre, sont : l'école Hanéfite, malékite, chaféite, hambalite, toutes réputées orthodoxes parmi les sunnites. Cette appel-

lation de sunnites a pour but de les distinguer principalement d'une fraction de musulmans qui ont embrassé la doctrine, née des troubles du califat d'Ali, qui rejette tous les hadiths contraires au droits de succession de ce dernier au califat immédiat du Prophète.

Pour eux, les trois premiers califes ont été des usurpateurs ; on leur donna le nom de chiïtes, de « Chia » parti, le parti qui avait épousé la cause d'Ali, dans sa lutte célèbre contre Moawia. Il commença ainsi par être un parti politique avant de devenir une secte religieuse, avant de s'ériger en doctrine intransigeante, mystique à l'excès, dont les effets néfastes furent la discorde et la haine féroce au sein de la Communauté musulmane, et les luttes fratricides, séculaires, d'une barbarie sanglante (1).

1. L'Islam, au point de vue du droit public, se divisait en quatre groupements principaux : les sunnites, les chiïtes, les kharedjites et les mo'tazellites.

La majorité du monde musulman est sunnite — c'est la croyance orthodoxe, celle de l'Islam primitif. Vinrent ensuite le chiïsme, le kharedjisme, le mo'tazellisme.

Les trois premiers surtout apparaissent comme des partis politiques. Tous ont suivi dans leur naissance, leur développement et leur disparition, le même processus général.

Une fraction de la nation, pour une raison quelconque, se trouve en désaccord avec le prince au pouvoir — le plus souvent parce qu'elle était favorable à l'élection d'un autre candidat évincé, ou qu'elle désapprouve la politique de son gouvernement. Cette fraction de la nation se soulève, proclame la déchéance de ce prince et se sépare de l'Empire pour s'organiser en État indépendant, État qu'elle considérera comme le seul légitimé par

Ces quelques explications sommaires étaient indispensables pour délimiter notre sujet, savoir la notion de la souveraineté que le prince exerce sur les musulmans en territoire d'Islam selon les rites sunnites ou orthodoxes.

Dieu. Si elle n'est pas assez forte pour arriver à cette autonomie, elle s'organise dans le sein de l'Empire, en association occulte qui se livrera à une propagande effrénée jusqu'à la réalisation de son but.

Dès sa constitution ce parti a ses docteurs, ses théoriciens ; il s'érige en secte avec tout un système de doctrines religieuses — car tout ce qui a rapport au droit public touche en grande partie au dogme et parce que les principes qu'il proclame pour arriver à légitimer leurs revendications, les entraînent nécessairement à des conséquences dogmatiques qui leur sont propres et qui donnent de la personnalité à leur système.

Ce parti politique, cette secte, comme on l'appelle, se subdivise et donne naissance à d'autres sectes de même caractère fondamental mais variant assez profondément dans le détail.

Faire l'histoire des sectes de l'Islam, c'est donc faire l'histoire politique du califat. Cela dépasserait de beaucoup le cadre de notre étude. Nous nous bornerons donc à en exposer les grandes lignes. Ajoutons qu'au point de vue du droit public, le seul qui nous intéresse, cette étude n'a qu'un intérêt historique, car ces sectes ne sont plus, pour la plupart, que des souvenirs. L'extinction des dynasties militantes Alides, qui étaient la raison d'être de l'activité de ces partis, les persécutions et les poursuites implacables dont ces sectes étaient l'objet de la part des Omméiades et des Abassides, les soulèvements et les répressions sanglantes qui les ont suivies, ont refroidi l'ardeur de ces sectes jusqu'à les faire disparaître du moins en tant que partis politiques.

Expulsées d'Asie Mineure, d'Afrique, d'Arabie, ces doctrines ont disparu (comme le Kharédjisme) ou ont trouvé un refuge naturel et solide en Perse où elles fleurissent encore de nos jours.

A) *Secte sunnite*. — Nous n'en dirons rien : elle fait le sujet même de notre thèse.

B) *Le Chiisme*, — Il ne comprenait pas moins de soixante-

treize sectes sans parler des subdivisions intérieures (ainsi le Zeïdisme, les « Goulats » forment chacun huit groupes).

Les Chiïtes professent que le califat est nécessaire, que c'est une institution trop fondamentale pour que le choix de l'imam soit laissé à la décision du peuple ; qu'en conséquence Dieu a dû désigner nominativement l'imam qui doit être impeccable. Cette impeccabilité ils la trouvent chez Ali. De plus, Dieu a directement et personnellement, dans divers versets et de nombreux hadiths, désigné Ali pour l'imamat. Aussi, et c'est ce qui les sépare définitivement des Sunnites, ne reconnaissent-ils ni le califat d'Abou Bekr, d'Omar, et d'Othman, qu'ils considèrent comme des usurpateurs, ni les décisions de ces califes qui, pour les Sunnites, ont valeur de dogme.

Les Chiïtes n'admettent donc comme mode de désignation du prince que la disposition de l'imam régnant.

Telle est la secte primitive. Elle a donné le jour à une poussière de sectes. Le mot Chiïte est devenu un qualificatif pour indiquer que ces sectes se rattachent à la reconnaissance exclusive du califat d'Ali.

1° Le premier groupement le plus nombreux est celui des « Imamiens ». Il comprend trente-trois sectes. Nous citons les plus intéressantes : a) les duodécimains qui prétendent qu'après Ali la série des imams s'arrête au douzième ; que ce douzième surnommé el Mahdi n'est pas mort mais qu'il vit caché. Etant entré un jour dans un souterrain de la maison que sa famille habitait à Hilla, il ne reparut pas.

On croit qu'à la fin des temps il reparaitra pour remplir le monde de sa justice. Tous les soirs, raconte Ibn-Khaldoun, à Hilla, au coucher du soleil, après la prière du Moghreb, les adeptes de cette croyance se rendaient en procession à l'entrée du souterrain avec une monture et, longtemps, longtemps, ils appelaient l'imam et le suppliaient de sortir, jusqu'à la nuit noire, puis ils s'en allaient avec l'espoir du lendemain.

b) Les Goulats ou extravagants surenchérissement sur cette doctrine ; ils enseignent que l'imam « est un homme doué des attributs de la divinité » ou encore, que la nature de l'imam est tellement parfaite qu'elle ne se retrouve dans aucun autre individu ; « aussi quand l'imam meurt son âme passe dans le corps de son successeur afin que celui-ci soit parfait »...

c) Les Ismaïliens qui se séparent des premiers sur l'ordre de succession des imams à partir du sixième Ismaïl, le premier « imam caché ». Il peut arriver en effet, disent-ils, que l'imam n'ait

aucune puissance : dans ce cas il se tient caché, ses partisans travaillant pour lui. Lorsqu'il acquiert la puissance, il apparaît et proclame ses droits.

2° Les Zéïdites, le groupement le plus énergique qui régna à plusieurs reprises dans le Tabaristân, au Maroc où les Idricites fondèrent Fez. Les Zeïdites enseignent une doctrine légèrement différente de la doctrine mère. Ils disent : « les textes désignent Ali au califat non directement et personnellement mais par ses qualités distinctives. En élisant Omar et Abou-Bekr, on s'est trompé, Ali ayant plus de droits qu'eux. Mais « l'imamat du préféré est valide, bien qu'un préférable existe ».

Ils reconnaissent donc le califat d'Abou Bekr et d'Omar. De plus, s'ils reconnaissent que l'imamat appartient aux descendants d'Ali, il veulent que le peuple choisisse parmi eux son imam. Enfin, lorsque ses droits sont méconnus, celui-ci doit les faire valoir par la force des armes pour être digne de gouverner.

3° Les Kaïçaniens dont une fraction croit que la succession des imams aboutit aux Abassides par Es-Saffah, premier de la dynastie.

Enfin une poussière de sectes qui se distinguent entre elles par leur divergence dans l'ordre de succession des imams.

C. — Les Kharedjites pensent que tout croyant soit arabe, soit étranger, pourvu qu'il soit vertueux, peut devenir imam. Ils repoussent Othman Ali Moawia et leurs partisans comme infidèles ; ils s'insurgent contre l'imam qui s'impose par la force et considèrent le péché grave comme une infidélité ; ils se séparent des deux arbitres El-Açi et Abou Mouça el Ach'ari, et de ceux qui se sont conformés à leur décision.

Après avoir fondé un état en Irak, ils furent chassés de l'Orient. Ils trouvèrent en Afrique un terrain favorable, provoquèrent des soulèvements. Ils fondèrent deux empires à Tlemçen et Tiharet mais les Fatimites, tout-puissants, les anéantirent avec leurs doctrines.

CHAPITRE PREMIER

Fondement du droit de commander

Nous nous excusons de rapporter ici une si longue citation, mais cette page de la remarquable introduction de M. Ostrorog à l'ouvrage de droit public de Mawerdi est tellement conforme à l'esprit du droit musulman, si adéquate à notre pensée que nous l'avons jugée indispensable pour la clarté de ce travail.

« A la base du droit politique il y a une théorie de la liberté. Depuis l'origine des temps, les hommes se trouvent placés vis-à-vis de leur Créateur, dans la situation d'esclaves par rapport à un maître. Ceci ressort du contenu d'énonciation, de solidité et d'évidence certaine.

« Dans *l'Écriture* il est dit :

« Or, quand ton Maître fit sortir des reins des fils d'Adam leurs descendants et qu'il leur fit porter témoignage contre eux-mêmes, disant : « ne suis-je pas votre Maître ? » Ils dirent : « certes, nous l'attestons » (S. VII-v-171).

« Cette énonciation est précisée par ce hadith : Dieu prit d'abord l'engagement d'Adam ; puis, il fit sortir de ses reins toute sa postérité et la rangea devant lui ; puis, il lui adressa la parole en présence d'Adam et lui dit : « Ne suis-je pas votre Maître ? » Les hommes dirent : « nous l'attestons ».

« Métaphysiquement, la condition des hommes est donc l'esclavage et le terme propre pour les désigner est les esclaves de Dieu.

« Mais, cet esclavage métaphysique se trouve être la cause et la garantie de l'absolue liberté terrestre. En effet, par la reconnaissance de leur état d'esclaves, les hommes ont assumé à l'égard de Dieu certaines obligations, notamment, celle de croire en lui et celle de l'adorer (1).

« D'accomplir ces obligations entraîne une récompense (2) et de les négliger un châtiment et il ne se peut concevoir de récompense ni de châtiment qu'en conséquence d'actes librement consentis. En échange de cet hommage prêté par le genre humain, Dieu lui a donc tout d'abord conféré la grâce de la raison et du libre arbitre. Mais, pour que le corps accomplisse ce que la raison propose, il faut que ce corps soit à l'abri de toute contrainte : Dieu a donc en second lieu conféré à l'homme la grâce de la liberté

1. S. VIII-20 ; II-172.

2. S. IX-v-112.

de l'inviolabilité. Il faut enfin que la vie de l'homme soit assurée pour qu'il puisse persister dans l'accomplissement de ses devoirs à l'égard de son divin Maître. Dieu a donc, en dernier lieu, conféré au genre humain le libre usage des choses du monde extérieur; et c'est ainsi que l'homme, parce qu'il est esclave de Dieu, et pour qu'il puisse l'être comme il convient, a le droit de disposer de lui-même comme bon lui semble et le droit d'user comme bon lui semble des choses du monde extérieur. En dernière analyse, la conclusion de cet ancien pacte de perpétuelle allégeance lui a valu d'être élevé à jamais au-dessus des autres créatures et de devenir objet, mais aussi sujet, de droits imprescriptibles, doué par conséquent de la personnalité juridique, libre, inviolable maître du monde extérieur; tellement que toute la vie terrestre de l'homme se trouve régie par un grand principe de liberté subjective et objective : principe d'indépendance, *hourrya*, en ce qui concerne ses semblables; principe de libre usage, *ibâha*, en ce qui concerne les choses.

A ce principe, posé par Dieu, puisqu'il n'est qu'une conséquence, qu'un résumé des grâces que le Maître divin a octroyées à ses esclaves, l'homme ne saurait apporter de dérogation. Comment un esclave de Dieu pourrait-il restreindre les droits que ses compagnons de servage tiennent du Maître divin ? Ils ne le pourraient qu'en élevant la prétention de qualifier

en bien ou en mal par les seules forces de leur imparfaite raison des états déroatoires au principe posé par la raison divine, prétention que la Méthode condamne et que la Doctrine réproouve.

« Le principe de liberté individuelle et de libre usage des choses est donc, pour ce qui est de la raison humaine, incommutable et il demeure entier tant qu'il n'est pas fourni la preuve que le Maître y a porté atteinte en qualifiant en bien sous la forme de l'ordre ou autrement, un état comportant dérogation au principe. » De pareils états existent ; ce sont, par exemple, les wilayas du père et du grand-père, de l'exécuteur testamentaire sur l'impubère, de l'administrateur sur les biens d'un wakf, du mandataire sur son mandat, etc., ce sont ce qu'on appelle des wilayas spéciales parce qu'elles portent sur une personne, sur un objet bien déterminé. « Entre autres dérogations il est dit dans l'Écriture à la sou-rate des femmes : « O vous, qui croyez, obéissez à Dieu, obéissez au Messenger et à ceux parmi vous qui exercent l'autorité. » Il ressort de cette énonciation qu'il existe, en dehors, du Messenger des hommes auxquels il faut obéir ; elle confère donc à certains hommes le droit d'imposer à autrui l'exécution de leurs décisions : elle institue une wilaya. De plus, les mots : ceux qui exercent l'autorité, étant directement rattachés par conjonction au mot Messenger, constituent avec lui le complément indirect de l'indi-

catif « obéissez », terme général comme compréhension visant, ainsi qu'on l'a vu, la totalité des individus spécifiés par l'attribut de « croyants », il y a donc là une dérogation au principe d'indépendance. Il ne s'agit plus d'une wilaya particulière, c'est de tous les individus spécifiés par l'attribut de croyants qu'il est ici question. C'est donc une « wilaya générale ».

« Le pluriel défini « ceux qui exercent l'autorité » constitue non un terme général, mais « un terme commun » dont le sens voulu reste à déterminer ; et même rien dans l'énonciation ne permettant d'arrêter ce sens avec certitude, ce terme constitue un « terme obscur » sur la portée duquel il est prudent de réserver l'opinion. En l'état la seule chose qu'on puisse affirmer avec certitude c'est qu'il est certaines personnes en la puissance desquelles sont tous les musulmans, mais que ces personnes restent à déterminer. »

Dieu a donc donné à l'état de « wilaya générale » une existence légale ; et ainsi l'autorité, le droit de commander, trouve son fondement dans la loi divine qui l'a légitimé.

CHAPITRE II

Distinction de la souveraineté proprement dite et de la « wilaya générale »

Mais, si la wilaya générale a sa cause en Dieu, elle ne se confond pas avec la souveraineté. Le droit musulman distingue, en effet, très nettement, la souveraineté « *roubouya* » de la « wilaya » puissance. La souveraineté pure, cette puissance supérieure, pouvoir illimité qu'on a sur les hommes, appartient à Dieu seul. C'est lui qui défend et permet d'une façon absolue ; il est le maître absolu des personnes et des choses, « le pouvoir suprême lui appartient » (1). *Le Coran* et son complément la Tradition sont l'expression de sa volonté souveraine, par lesquels « il se charge de diriger les hommes » (2).

Dans le but d'assurer matériellement l'exécution de ses ordres et l'observation de ses prescriptions, de ses droits et de ceux qu'il a accordés à ses créatures, il a institué la wilaya générale. La souveraineté pure dans toute l'acception du terme s'analyse en des éléments de volonté et des éléments de réalisation ou d'exécution ; ce sont ces derniers éléments qui composent l'essence même de la wilaya géné-

1. S. XXVII, v. 88

2. S. XCH, v. 12.

rale. Les juristes la définissent : puissance exercée sur un tiers en vertu de laquelle ce tiers doit exécuter les décisions prises qu'il le veuille ou non. Cette définition traditionnelle semble impliquer un pouvoir illimité, coïncider avec la notion de souveraineté. Il n'en est rien. Elle suppose admis les principes qui sont à la base de tout le droit public et que nous allons tâcher d'exposer sommairement.

N'oublions pas que la wilaya est une exception, une atteinte au principe général et supérieur d'autonomie et de liberté de l'individu, par conséquent, comme toute exception, d'interprétation stricte. Quel est donc le sens de cette interprétation ?

Nous avons laissé entrevoir au chapitre précédent que la théorie de la wilaya est une théorie générale à la base du droit et nullement spéciale au droit public. La wilaya générale est de même essence que les wilayas spéciales auxquelles nous avons fait allusion et, partant, a les mêmes caractères.

Dans celles-ci plus restreintes en étendue puisqu'elles ne touchent qu'une catégorie de personnes ou de choses, comme la tutelle par exemple, l'administration d'un wakf, on s'accorde à voir dans la faiblesse physique de l'incapable pour se défendre, son inexpérience de gérer ses biens et la légèreté d'esprit qui ne lui permet pas de discerner ses intérêts ; dans le fait que le wakf serait perdu et dilapidé et ne profiterait pas aux bénéficiaires, on s'ac-

corde à voir, dans ces circonstances, les causes apparentes et constantes qui provoquent la naissance de ces wilayas et les légitiment. Il en résulte que c'est en vue de la défense et de la protection de l'incapable, et seulement en vue de cela ; que c'est en vue de la préservation, de la conservation de ce patrimoine, et seulement en vue de cela, que ces wilayas ont été instituées. L'emploi de cette puissance dans un but contraire aux intérêts des assujettis ou même autre que celui dont nous venons de parler, est contraire à l'esprit du *Coran*, juridiquement inopérant et sans valeur et cela pour défaut de compétence. De même le wali est incompetent lorsqu'il cesse de remplir les conditions nécessaires pour l'accomplissement de ce devoir ; ce défaut de pouvoir a pour cause son incapacité d'agir dans l'intérêt du protégé.

La wilaya serait un droit, si l'on veut, en ce sens que nul autre que le titulaire ne peut l'exercer légitimement, mais elle est surtout une charge, charge d'ordre public, si on remarque qu'elle n'est point faite dans l'intérêt particulier du titulaire, mais dans celui de l'incapable exclusivement : la source où le détenteur de cette puissance puise son pouvoir de contrainte juridique, c'est l'intérêt de l'assujetti et son intérêt seul à l'exclusion de tout autre.

Ce raisonnement s'applique en tous points à la wilaya générale qui, comme nous l'avons dit, ne

diffère des autres que par son caractère de généralité. Les causes apparentes qui l'ont légitimée sont la vie en société, la nécessité d'assurer la liberté de chacun au sein du groupe ; c'est donc dans le but d'assurer la conservation de cette société, la liberté de chacun dans la mesure où elle ne gêne pas celle du voisin, qu'elle peut s'exercer légitimement. Elle est donc, quoique générale, quant aux personnes, spéciale quant à l'objet, au but. Elle est limitée par les prescriptions de Dieu et les droits naturels de l'individu qu'elle a pour objet de protéger, en un mot, par l'obligation de maintenir l'ordre social établi par la volonté du Très-Haut. Ainsi envisagée, la wilaya générale nous apparaît comme n'ayant pas d'existence en soi, elle apparaît comme une fonction sociale, d'institution divine, avec un caractère complexe découlant précisément de cette origine divine.

Mais n'anticipons pas sur nos développements. Nous nous bornons ici à établir la distinction entre la wilaya et la souveraineté. Dans les relations humaines il ne saurait donc être question de souveraineté dans le sens absolu, le terme proprement juridique, c'est « wilaya ». Il nous arrivera pour la commodité du style de parler de souveraineté, de souverain, de prince. Tous ces mots sont employés dans le sens de « wilaya générale » et de « wali » (détenteur de la wilaya).

CHAPITRE III

Assiette de la wilaya générale

La wilaya, ainsi que nous venons de l'exposer, est un démembrement de la souveraineté absolue, laquelle appartient à Dieu.

Dieu, pour assurer l'exercice de la puissance matérielle sur ses créatures, la délégua au Prophète : « O vous qui croyez ! obéissez à Dieu, obéissez au Prophète... » et après lui à ses successeurs, mais Mahomet, ayant gardé le silence sur le mode de transmission de cette autorité, la nation, à défaut de texte clair du *Coran* ou de la tradition, eut recours à l'idjtihad. Elle se reconnut, non pas titulaire de cette wilaya sans maître visible, mais seulement dépositaire ; elle n'a que le devoir strict de procéder au choix d'un titulaire : Dieu lui a fait obligation d'obéir à un commandeur.

Les musulmans se trouvent ainsi, de l'accord unanime, investis de la fonction de désigner quel sera le successeur du Prophète, en d'autres termes, du droit très limité d'ailleurs de choisir leur maître. L'exer-

cice de cette prérogative est en effet réglementé d'une manière très rigoureuse, car ce choix intéresse Dieu au premier chef : comme nous le verrons, il puise sa raison dans le souci de sauvegarder la loi. C'est ainsi qu'il faut certaines conditions d'aptitude pour jouir de cette prérogative, jouissance enserrée elle-même dans des limitations rigoureuses de temps et de choix du titulaire de la puissance. Une fois leur devoir accompli, en présence d'une autorité qui fonctionne dans la légalité, les citoyens n'ont plus aucun pouvoir, ils ont surtout des devoirs vis-à-vis de celle-ci.

Tous les légistes orthodoxes reconnaissent cette mission purement fonctionnelle de la nation. Les chiites vont même plus loin et nient cette intervention de la nation dans ce choix qui doit être, disent-ils, l'œuvre unique de Dieu. Quoiqu'il en soit nous en trouvons la preuve dans les discussions entre chiites et sunnites, qui sont la reconnaissance la plus formelle par ces derniers, de cette prérogative nationale.

Mais si, d'une part, la nation n'est pas la source de toute autorité, Dieu a fait, d'autre part, le califat obligatoire, et le titulaire ne pouvant être qu'un « croyant », cette obligation pèse sur tous les musulmans dès l'origine. Ainsi l'on peut dire que la nation a la jouissance de la wilaya générale, du droit de commander, — j'entends la nation en tant que juxtapo-

sition d'individus, — car cette obligation de pourvoir au commandement est individuelle et non collective. Mais, si la jouissance du droit de commander appartient ou plutôt pèse sur chacun, le devoir catégorique de l'exercer est un devoir catégorique de satisfaction : lorsque l'un d'eux l'exerce il tombe pour les autres. Bien plus, ce devoir se transforme en une obligation diamétralement opposée : en présence d'un pouvoir constitué, les musulmans doivent obéissance et s'abstenir rigoureusement de tout acte susceptible de porter atteinte à son autorité.

CHAPITRE IV

Exercice de la wilaya générale

PREMIÈRE SECTION

Du titre de calife

La wilaya est exercée par une personne qui a titre de calife et successeur du Prophète. De ce titre on pouvait logiquement déduire, étant donné le caractère divin du prophète, lieutenant par excellence de Dieu, que le prince qui succédait à toutes ses prérogatives sauf naturellement les attributs prophétiques qui lui étaient personnels, était par voie de conséquence le vicaire de Dieu sur la terre. Plusieurs indices le permettaient, les versets du *Coran* : « Je vais instituer un lieutenant sur la terre » (1) et, « il vous a institués comme ses lieutenants sur la terre » (2), que l'on suppose faire allusion aux califes.

De nombreux hadiths qui établissent une relation

1. S. II, v. 28.

2. S. VI, v. 165.

très intime entre l'obéissance due à Dieu et celle due aux califes, qui le qualifient « l'image, l'ombre de Dieu sur la terre. »

Les premiers musulmans obéirent à cette logique et appelèrent le premier calife Abou Bekr, vicaire de Dieu ; mais les sentiments d'humilité et de modestie d'Abou Bekr en furent violemment choqués ; il défendit qu'on le qualifiât ainsi : « Je ne suis pas le lieutenant de Dieu, leur dit-il, mais le vicaire de l'Apôtre de Dieu. »

Les docteurs, plus tard, justifiaient cette prétention par cette raison que Dieu étant présent toujours et partout, ne saurait avoir besoin d'un lieutenant. Mais, l'argument est faible et ne porte nullement. Nous avons vu que c'est pour assurer l'exécution matérielle de ses volontés que Dieu a institué une autorité humaine, signe visible de sa puissance.

Omar, après lui, fut appelé calife du calife de l'Apôtre de Dieu ; mais cette méthode menaçait avec le temps d'allonger indéfiniment le titre califien ; aussi Omar préféra-t-il le titre dont l'auteur est inconnu, d'« émir el mouminin. »

Le titre d'« imam » qui désigne proprement la personne qui dirige la prière du vendredi, par exemple, a été affecté plus particulièrement à Ali et aux douze imams ses successeurs légitimes d'après les chiïtes ; ce sont, d'après eux, les imams par excellence comme

ayant un droit plus légitime que les Omméiades et les Abassides.

Hassan, le fils d'Ali, après six mois de califat, ayant été obligé d'abdiquer en faveur de Moawia, se réserva le titre d'imam qu'il transmit à ses successeurs. Les Abassides furent les premiers à le porter à l'instar des chiïtes et il fut transmis à la dynastie ottomane par l'abdication du dernier des abassides du Caire en 923 de l'hégire, au profit de Selim I^{er}.

Le titre de sultan, dans l'Orient, impliquait le pouvoir temporel à l'exclusion du pouvoir spirituel ; aussi les califes de Constantinople s'intitulent-ils imams et sultans pour affirmer le caractère parfait de leur califat.

Cependant le titre de calife, depuis l'abdication d'Hassan, n'a plus sa signification initiale. Il a été frappé de déchéance par le Prophète lui-même.

En effet, ce titre était décerné par le Prophète, lorsqu'il s'absentait de Médine, à celui qui le suppléait dans la dignité sacerdotale. Le véritable califat, c'est-à-dire le vicariat du Prophète, avec ce caractère pontifical, ne dura que trente ans, selon la doctrine traditionnelle.

Après cette période, il n'y eut plus de véritable califat. Le caractère temporel et de succession violente, usurpée, en fit des dominations, des souverainetés, des puissances temporelles et séculières.

Ce point est appuyé sur ces paroles du Prophète :

« le califat après moi sera de trente années ; après ce terme, il n'y aura que puissances établies par la force, l'usurpation, la tyrannie. »

Les événements confirmèrent cette prédiction. Aussi les quatre premiers califes Abou Bekr, Omar, Othman, Ali, qui ont régné de 632 de l'hégire 662, sont-ils appelés « les califes parfaits » ; les princes postérieurs sont appelés « les califes imparfaits ». Pour les distinguer des autres, les quatre premiers sont toujours désignés sous le nom de « califes orthodoxes » « Er Rachidoun ». Leurs successeurs n'ont droit qu'à la qualité d'imam avec prédominance du caractère temporel. Cependant, sous l'influence chiite, nous l'avons dit, les Abassides finirent par prendre le caractère de pontifes, de même les anti-califes d'Occident, sous l'influence berbère.

SECTION II

Caractère du califat

Le califat est universel, un et indivisible, à l'image de Dieu. Cette unité dans le pouvoir et cette indivisibilité dans l'empire universel sont des principes fondamentaux du droit public classique, fondé sur cette sentence du Prophète qu' « un fourreau ne peut contenir deux sabres », et sur ce verset : « s'il y avait dans le ciel et sur la terre d'autres divinités

que Dieu, ces deux régions auraient déjà péri » (1) ; par analogie, la ruine de l'humanité serait consommée s'il y avait sur la terre deux chefs suprêmes, d'égale puissance.

Ces principes ont été très défendus par les légistes musulmans ; ils se montrent très intransigeants sur ce point ; c'est à peine si quelques auteurs admettent le cas d'un territoire musulman très lointain et séparé de l'empire par un pays infidèle, ou par la mer ; et encore ces exceptions ont-elles été émises dans le but manifeste de légitimer les califats d'Occident, d'Espagne et d'Afrique. Quant à ces diverses branches de la maison d'Ali, à ces imams d'Occident, élevés au rang de pontifes par le mysticisme chiite ou la superstition berbère, ils ont toujours été regardés comme des anticalifes en qui on ne respectait que la seule puissance temporelle.

Les quatre premiers califes, les Omméiades de Syrie, les Abassides auxquels il ne restait plus que le pouvoir spirituel, disposaient quand même des trônes et des couronnes et les princes, élevés sur les ruines du califat, tenaient à honneur autant par religion que par politique de recevoir de leurs mains non seulement l'investiture de leurs États, mais encore les titres honorifiques tels que « protecteur de la foi », « la gloire de l'empire », etc.

Historiquement, la souveraineté n'a jamais appar-

1. *Coran*, S. XXI, v. 22.

tenu qu'à un seul homme, c'est une façon très simple d'assurer l'unité dans le pouvoir et peut-être aussi de se conformer au désir du Prophète qui, implicitement, avait désigné Abou Bekr pour être son unique successeur, et à ceux des califes orthodoxes qui n'ont jamais conçu qu'il en pût être autrement. Quoi qu'il en soit, la coutume a force de loi et l'unité du pouvoir dans un seul homme est un principe bien établi dans le droit public musulman. Mais, rationnellement, rien ne s'opposait, aucun précepte, aucune règle d'ordre divin, ne défendait que le pouvoir appartint à un collège. Cela a d'ailleurs été soutenu par plusieurs juristes. Ce qui n'est pas admis par la loi, c'est la coexistence de deux souverainetés complètement indépendantes l'une de l'autre et devant être personnellement obéies par la nation. Cette inadmissibilité est basée sur l'opposition de leurs vues personnelles et de leur commandement, d'où il résulterait le bouleversement de l'État ; mais, l'exercice collectif du pouvoir souverain par plusieurs, n'a rien de contraire à son unité, puisque les membres délibérant et décidant collectivement, ne représentent et ne constituent en réalité qu'un seul pouvoir dirigeant, qu'une seule volonté agissante.

La nation, qui est tombée d'accord pour désigner un seul homme, peut donc modifier à tout moment sa manière de voir et investir de la wilaya un collège, si tel est l'intérêt supérieur de la Nation,

SECTION III

De l'investiture de la puissance califale

C'est, en effet, la nation qui investit du pouvoir le futur calife. Mais, sur ce point, la question est extrêmement obscure, on peut dire qu'il n'y a point d'organisation de la volonté nationale pour se manifester clairement et librement. Ceci résulte du caractère historique du droit public musulman, de ce fait, qu'il est formé de précédents de la période où le droit public s'élaborait. Il est basé principalement sur les actes des quatre premiers califes. Or, chacun de ceux-ci ne se soucia guère de la conduite de son prédécesseur, d'où absence de règle générale et diversité de procédés qui sont tous légitimes, rendant par là impossible la découverte, avec chance de certitude, d'un principe directeur.

En tout cas, une chose est certaine, c'est que dans l'exercice de sa fonction d'élire le calife, la nation exprime sa volonté, exerce sa prérogative par l'intermédiaire d'un groupe ; sa volonté est une volonté d'adhésion ; son rôle est passif. La fonction active est réservée à un groupe composé de citoyens qui remplissent les conditions découlant de la nature même de leurs fonctions. Cette élection exige, en effet, la connaissance de la loi de Dieu et des qua-

lités de discernement pour le meilleur choix possible du Vicaire du Prophète.

Il faut être juste, intelligent, sage, versé dans la science du droit et de la théologie.

Ce collège c'est la nation organisée pour l'action. Dès lors, une fois ce collège formé, il ne pèse plus aucune obligation sur les autres citoyens de désigner le calife. Ce collège devient le représentant légal de la nation pour l'engager par son choix. La question de savoir comment sera organisé ce collège, s'il doit être unique ou multiple, réunir tous les électeurs de l'empire ou un minimum suffisant, quelle sera la majorité requise et la forme de la manifestation de sa volonté, etc... sont sans doute fondamentales. Cependant, ce sont autant de questions qui n'ont point reçu de réponse nette et précise. Certains auteurs, en effet, exigent pour sa formation la présence de tous les électeurs de l'empire et, pour l'élection, le vote et l'adhésion de tous ; d'autres, cinq électeurs au minimum et l'unanimité du vote ; d'autres encore, cinq membres et donnant mandat à l'un d'eux de désigner le calife. Ou encore trois électeurs, l'un désignant le calife, les deux autres étant témoins comme dans le mariage. Enfin, un seul électeur, selon le précédent de Abbas, oncle du Prophète, qui, seul, au nom de tous les musulmans, investit Ali du califat.

On a soutenu que les électeurs résidant à la capi-

taie avaient un privilège sur ceux de la province, un droit de primauté ; mais Mawerdi, dont l'opinion fait autorité en la matière, s'élève contre cette prétention et constate que c'est l'usage et non la loi qui a conféré l'élection au collège de la capitale, usage provenant de ce que ces électeurs sont les premiers informés de la vacance du califat, comme aussi de ce que les candidats les plus aptes à exercer les fonctions de calife, se trouvent le plus souvent dans la capitale.

En réalité, ces questions et ces controverses n'ont qu'un intérêt relatif et aucune importance pratique ; car, dès le début du califat, tout en proclamant le principe du choix du calife par la nation, l'élection est devenue purement fictive, et c'est un mode de désignation différent qui a prévalu.

En face de ce premier collège, il se forme un groupe sur lequel se concentre la jouissance du droit de wilaya générale à l'exclusion de tous les autres, citoyens, groupe qui est composé d'individus capables d'en exercer l'autorité. Ce sont les citoyens qui, de l'avis de tous, réunissent dans leur personne les qualités requises des électeurs et certaines autres comme le degré de science nécessaire pour pratiquer l'idjtihad pour être à même de prendre une décision légale, le courage et la vaillance pour la meilleure conduite de la guerre sainte, la perfection physique pour inspirer le respect et l'admiration des

sujets, le lignage (1). Seules ces personnes sont donc électeurs et éligibles ; c'est parmi elles que le ou les électeurs doivent choisir le calife.

SECTION IV

Nature de l'acte d'investiture

§ 1. — Les théoriciens du droit public appellent la procédure de l'élection la conclusion du contrat de califat. Seul le contrat est la source, le fondement de la légitimité de l'exercice de la wilaya générale. Mais ce contrat n'a rien de commun avec *le Contrat social* de Rousseau ; il est assimilé au contrat de donation dont on retrouve tous les éléments. En effet, la conclusion de ce contrat de califat s'analyse en un choix de l'élu, une offre de la part de la nation et une acceptation de la part de l'élu. Le contrat se parfait par la prestation de l'hommage qui est la tradition de l'autorité.

Et l'on pose le principe que seule la convention engendre l'autorité que la capacité mérite.

1. Il fallait être de la tribu de Coreïch, la tribu de Mahomet. On interpréta diversement cette condition. Certains auteurs ont dit que c'est pour attirer la bénédiction divine sur le califat par la présence d'un prince apparenté au Prophète. D'autres croient que cette condition signifie que le calife doit appartenir à la tribu, au parti politique qui a la plus grande force sociale pour assurer la conservation de l'État.

Cette idée de l'assimilation à un contrat de donation est, à notre avis, erronée, on ne saurait l'admettre du moins dans le rite malekite. Exacte en la forme, elle est fausse quant au fond. Une donation suppose la propriété de la chose donnée et suppose aussi qu'elle est dans le commerce. Or, l'autorité est acquise de plein droit à l'élu puisque Dieu a fait obligation aux musulmans d'obéir à celui qui a été distingué comme le plus apte à exercer le commandement. Dès lors, il ne peut dépendre de ses électeurs de la lui retenir. De plus, nous avons vu que la nation n'exerce pas un droit dans l'élection du calife, mais simplement une fonction, étant donnée la réglementation rigoureuse et l'absence de liberté de disposer de ce prétendu droit. Enfin, l'autorité n'est point dans le commerce et la donation est essentiellement révocable dans la plupart des cas tandis que la wilaya est irrévocable. Cependant, des auteurs considérables, comme Mawardi, l'assimilent à la donation du droit civil, tout en lui reconnaissant d'ailleurs certaines propriétés spéciales qui en font un contrat *sui generis* ; ainsi, par exemple, dans le cas d'une personne unique pour le mérite, la nation est tenue de lui transmettre l'autorité. L'explication de cette assimilation doit, je crois, être cherchée dans le désir d'assurer la liberté de choix de la nation. Un contrat, et surtout un contrat de donation, implique une volonté librement exprimée.

Faire de l'élection une espèce à part, différente du contrat, c'est faire le jeu de l'intimidation, de la contrainte par la violence.

Une fois le contrat conclu, la nation entière se trouve liée irrévocablement tant que les choses resteront en état ; c'est la conséquence nécessaire du lien contractuel qui lie les parties ; l'exercice de la wilaya générale est désormais un droit légitimement acquis au calife.

Étant donnée l'absence de règles d'organisation du collège électoral, le cas est très possible où deux ou plusieurs collèges se forment à des points différents de l'empire et proclament chacun un candidat. Le principe de l'unité du califat s'oppose à la validité de tous. Il est donc de toute nécessité que l'un seul de ces collèges soit régulier et que les autres soient irréguliers. Les systèmes abondent dans les sens les plus divers pour donner une solution au problème. Les uns préconisent la préférence du collège de la capitale, les autres le désistement de tous au profit d'un seul par considération de salut public ; d'autres, enfin, le coup de dés. La solution la plus généralement admise, la plus juridique aussi, est la suivante : la première élection seule est valable. En effet, une fois un candidat élu, la nation entière a épuisé son rôle, il n'y a plus lieu à élection. Dans le cas de doute sur la priorité des élections, c'est à la nation qu'appartient le droit exclusif de mener l'en-

quête afin de découvrir à quel collège appartient cette priorité. Le litige intéresse les musulmans qui sont seuls juges de la validité de leurs actes ; les candidats sur lesquels a porté le vote n'ont aucun droit propre à faire valoir ; il n'y a pas de litige entre eux, la wilaya générale étant instituée dans l'intérêt de Dieu et des musulmans et nullement dans l'intérêt du titulaire. Mais, si les deux collèges ont prêté respectivement hommage à leurs élus et si la priorité n'a pu être établie, la prestation de l'hommage a pour effet d'écarter toute autre personne prétendant au califat et dès lors, le choix des électeurs ne peut porter que sur l'un ou l'autre candidat. Ceux-ci ont acquis un *jus ad rem* sur le califat.

§ 2. — A côté de cette procédure de l'élection par la nation, l'exercice de l'autorité peut être légitimé par disposition du calife en fonction : le prince, en sa qualité de gérant des intérêts de la communauté, choisit, par une élection fictive, son successeur qui accepte. Le pays légal parfait le contrat par la prestation de l'hommage. Ce procédé tire sa légitimité du précédent historique d'Omar qui avait été désigné par Abou Bekr.

Quelle est donc la nature de ce procédé ? Si l'on s'en tient à la théorie contractuelle, traditionnelle, on dira qu'il est de même essence que le contrat de califat. C'est une gestion d'affaires ratifiée par la prestation de l'hommage, car si l'offre et l'accepta-

tion se font en dehors de la nation, l'hommage doit nécessairement émaner d'elle. Ce fut à l'origine une singulière gestion d'affaires ; car le calife, par application des principes généraux, en vertu de sa wilaya générale sur tous les musulmans, pouvait contraindre légalement ceux-ci à prêter hommage à son successeur désigné, et la nation, malgré elle, se trouvait liée, par ce fait, irrévocablement vis-à-vis du successeur. Malek, le fondateur du rite qui porte son nom, s'éleva avec énergie contre cette conséquence extrême de la puissance califale et parvint à faire admettre par les juristes que la contrainte dans la prestation de l'hommage viciait la convention.

A cette occasion il fut même persécuté ; le corps mis à nu il fut roué de coup et eut un bras démis.

Ce droit exclusif du calife de choisir son successeur sans l'intervention de la nation, s'il est incontestable pour la désignation d'un étranger ou d'un parent de degré éloigné, fut, avant d'être admis, extrêmement contesté quand il s'agit du fils ou du père du souverain. Une présomption de partialité en leur faveur, pesait sur celui-ci.

L'acceptation du successeur désigné doit intervenir pour être utile, entre le moment de la disposition et celui du décès, de la déposition ou de l'abdication du disposant, de manière que l'un de ses événements transporte immédiatement sur le bénéficiaire la

wilaya générale que l'acceptation avait déjà eu pour effet de fixer sur lui en principe.

A partir du moment où le contrat devient parfait, le désigné a un droit personnel à l'exclusion de tout autre, à l'exercice de la puissance. D'autre part, eu égard au caractère de gestion d'affaires de cet acte, la ratification par l'hommage enlève tout droit au calife qui ne peut plus, par exemple, le révoquer, toutes choses restant en état.

D'ailleurs la nation n'y a pas plus de droits, mais pour une tout autre raison. La prestation de l'hommage a épuisé son rôle : elle n'a plus aucune compétence conformément au principe qu'on ne saurait recourir à l'idjtihad en présence d'un texte formel.

Le caractère *sui generis* de ce prétendu contrat se rencontre dans ce fait par exemple que, s'il n'y a personne autre capable d'exercer le califat, le désigné est tenu d'accepter et le calife ne peut consentir à son refus car, il y aurait dommage pour la nation et compromission des droits de Dieu : et cela le calife ne peut le faire ; la convention devient donc irrévocable.

Le calife peut désigner deux ou plusieurs successeurs réservant à la nation le droit de choisir le plus capable. Il peut faire une désignation successive ; mais le premier arrivé au pouvoir peut modifier l'ordre de succession établi par son prédécesseur et écarter les suivants, car, il est désormais titulaire du

califat avec le droit supérieur d'en disposer au profit de qui bon lui semble ; droit dont la sanction a sa source dans la wilaya générale qu'il a sur la nation et qui donne force exécutoire à ses décisions.

Cette institution du *rex designatus* dont nous venons de parler s'est imposée de très bonne heure par l'absence des règles relatives à la succession du califat dans l'intérêt de l'État, pour éviter les compétitions et les dissensions dans l'empire et, aussi, et surtout, pour assurer le califat dans la famille du prince régnant.

Le *rex designatus* qui n'est pas toujours le fils, mais, au contraire, le membre de la famille le plus capable, est désigné de bonne heure ; le souverain le mêle aux affaires et l'initie au pouvoir de façon à lui assurer une transmission du trône facile, et à habituer le peuple à voir en lui le successeur légitime et naturel. Mais, le *rex designatus* n'est pas un héritier du droit civil qui trouverait un trône dans le patrimoine de ses pères. Il n'a aucun droit à succéder au trône sans que la conclusion parfaite du contrat de califat ait eu lieu : la souveraineté du droit musulman n'est pas et n'a jamais été patrimoniale : ceci est fondamental.

§ 3. — A côté de cette théorie contractuelle, pour légitimer l'exercice de la wilaya générale, une théorie, née des cendres d'Ali, se fit jour dans les écrits des légistes dans le but très clair de légitimer le califat

de Moawia, usurpateur : elle fut perfectionnée plus tard par l'école hanéfite pour légitimer le califat des sultans de Constantinople, usurpateurs à l'origine. L'assiette de la wilaya est nettement déplacée, l'état de wilaya générale est considéré comme un état de fait ; la puissance un pur fait, et son exercice est légitimé par la force. Ce n'est plus le principe que seule la convention engendre l'autorité légitime.

Attribuant tous les événements de ce monde aux décrets immuables de la Providence, on déclarait lorsqu'un prince (lisez Moawia) était favorisé par le sort des armes, investi de la puissance par ses partisans et reconnu par la majorité de la nation (lisez le parti le plus fort), ses rivaux (Ali et sa famille) devaient rendre hommage à sa fortune, soit par soumission à la volonté céleste, soit pour mettre un terme aux malheurs de l'humanité.

Les hanéfites de Constantinople reprirent cette thèse et la développèrent très savamment ; ils soutiennent que dans le cas où la résistance entraînerait des troubles impossibles à supporter, il faut, *par nécessité*, reconnaître la puissance née de la force encore que le titulaire de cette puissance ne remplit pas les conditions de capacité ; encore qu'il n'y eût aucune prestation d'hommage. Le Prophète, en effet, avait dit « la chatte n'est pas impure ; elle est de ces servantes qui tournent toujours autour de vous » ; il semble ressortir de ce hadith qu'*a priori* la chatte est

impure, mais que Dieu la déclare pure, c'est-à-dire ne souillant pas le Croyant par son contact, à raison de l'impossibilité pour le musulman d'éviter ce contact. Dans cette espèce Dieu a voulu dire, croit-on, que la nécessité a pour effet de faire tolérer la non-application des principes de la loi, de donner la qualité de choses permises à des choses défendues en principe (1).

On ajoute enfin l'argument suivant : le Prophète lui-même a dit qu'après trente années il n'y aura

1. Voici dans quels termes M. Ostorrog, dans sa traduction de Mawerdi, reproduit cette théorie dissolvante du droit :

Hadit « la chatte » n'est pas impure ; elle est de ces servantes qui tournent toujours autour de vous. »

En principe, il semblerait que la chatte qui se glisse dans les recoins les plus sombres, les moins propres des habitations, qui mange des bêtes mortes, dût détruire par son contact l'état de pureté. Cependant elle a été déclarée pure. Pourquoi ? Parce que, répond le texte analysé, c'est un animal qui a un attribut, celui d'être un animal domestique dont le contact est difficile à éviter ; c'est parce que le contact en est « difficile à éviter » que la chatte est déclarée pure. Que cet attribut est pertinent, cela est évident. *Est-il efficient ?*

C'est au naçç à répondre ; c'est là qu'il faut chercher s'il existe des cas où peut se constater un rapport de causalité entre la pureté d'une chose impure en principe et la difficulté d'en éviter le contact. Or, bien que la chair des bêtes mortes soit déclarée impure et qu'il ait été défendu d'en manger, il est dit dans *l'Écriture* à propos de l'homme qui en mangerait dans certains cas : « Mais celui qui y est poussé par la faim ne tombe pas en péché, car Dieu est le Dieu de pardon, le Dieu clément. » En d'autres termes, l'on peut constater dans *l'Écriture*, un rapport de causalité entre la pureté d'une chose impure en principe et la difficulté d'en éviter le contact. L'attribut est donc efficient partant vaut comme motif, et dès lors on peut, sans crainte de généralisation

plus que des dominations et la souveraine puissance sera censée résider en la personne du vainqueur, du dominateur. L'acquisition de la puissance par la force est ainsi, dit-on, légitimée par le prophète lui-même !

Comme si la prédiction des malheurs légitimait leur avènement et faisait un devoir aux musulmans d'en favoriser la production !

C'est la théorie que « nécessité fait loi » avec sa conséquence aussi dangereuse que la « force crée le droit » consacrée par cette sentence érigée en principe du droit public « la puissance appartient au vainqueur ».

Notons en passant que Mawerdi, dont l'orthodoxie est connue pour sa rigidité, ne souffle mot de cette théorie dans son célèbre ouvrage *des Ahkam-Es-Soltania*. Il feint de l'ignorer pour marquer sans doute le peu d'orthodoxie d'une pareille doctrine et aussi, il faut l'avouer, parce qu'il vivait sous les

hâtive, motiver le naçç comme suit : « La chatte, bête impure en principe, est déclarée pure parce qu'elle est de celles dont il serait difficile d'éviter le contact. Généralisant le motif, on peut dire : la nécessité de subir le contact d'une chose impure a pour effet de maintenir l'état de pureté que le contact de cette chose aurait eu pour effet de détruire en droit strict. Enfin, considérant le motif et la qualification non plus dans leur espèce, mais dans leur genre prochain, on arrive à formuler l'un des principes généraux du droit les plus féconds en applications pratiques : « La nécessité donne la qualité de permises à des choses défendues en principe » (Ostrorog, t. I, p. 45).

abassides, ennemis mortels des ommeiades, dont cette théorie légitimait le califat, eux qui n'en avaient pas tout à fait besoin.

CHAPITRE V

Nature des droits de souveraineté du calife

Sans distinguer les éléments de natures différentes qui la composent, les théologiens sont unanimes pour dire que cette wilaya générale a sa source en Dieu, qu'elle émane de sa volonté toute-puissante. C'est ce qu'ils traduisent en disant que la wilaya du calife est « originaire » et non « dérivée » ; ce qui équivaut à dire que la wilaya est une situation juridique *sui generis*. Les chiïtes trouvaient illogique que la wilaya ne résidant pas dans la nation, celle-ci puisse, selon les sunnites, élire son commandeur, — ils pensaient que cette élection accompagnée de l'hommage, s'analysait en un choix avec transmission de pouvoir —. Ils disaient que, pour que les électeurs puissent investir une personne de la wilaya générale sur la nation, il faudrait que ces électeurs fussent eux-mêmes investis de cette puissance, étant de principe qu'ils doivent en être légitimes détenteurs pour pouvoir juridiquement la transmettre.

Or, ils n'en sont pas investis ; dès lors ils n'ont

point qualité pour en investir d'autres. Ils concluent, pour être logiques, que seul, Dieu peut, dans un naçç en désigner le titulaire. Ce titulaire, on le devine, c'est Ali, et après lui, ses successeurs.

Mais, les orthodoxes sunnites, tout en acceptant les prémices de cette argumentation, en repoussent les déductions, pour la raison que le choix du titulaire de la wilaya générale qui, comme nous l'avons vu, s'opère par le mode de l'élection ou de la disposition et la prestation de l'hommage, n'est point la cause efficiente, réelle, de la wilaya générale. Celle-ci est un état qualifié dont la cause réelle est en Dieu, l'élection et l'hommage n'en sont que l'occasion apparente, le signe qui en manifeste la naissance : les électeurs dans cette opération ne confèrent absolument rien. Ils apportent en quelque sorte leur témoignage que l'élu est le plus apte à exercer la wilaya. Ceci est si vrai que l'on s'est demandé si l'élection est nécessaire et la wilaya n'est pas acquise de plein droit dans le cas d'une personne unique pour le mérite et désignée par la voie publique — l'élection ayant pour effet de rechercher le plus digne et ici il se distingue de lui-même —. L'unanimité des auteurs, cependant, admettent l'élection nécessaire, mais non pour conférer la wilaya. Ils l'exigent parce qu'ils estiment qu'il est d'obligation pour les électeurs de le désigner, leur consentement devant avoir pour effet de donner seulement un caractère actuel et

définitif au droit fixé sur lui en principe. C'est un hommage rendu à la volonté divine. « Dieu donne le pouvoir à qui il veut »(1); « il choisit à son gré »(2); et, en mettant toutes les conditions de capacité du califat dans une de ses créatures, il manifeste par là sa volonté de lui destiner le pouvoir. L'élection n'est donc point une délégation de pouvoir, mais, encore une fois, un témoignage solennel que la personne choisie est la plus capable, la plus digne de la précieuse mission que Dieu a confiée à l'homme. Dès lors, *ipso facto*, il s'en trouve investi.

L'élection, pour les mêmes raisons, n'est pas plus un mandat avec transmission de pouvoir. Il est étonnant, étant donnée la conception contractuelle, de trouver sous la plume de Mawerdi la qualification de mandataire de la nation attribuée au kalife. Cette idée n'est même pas exacte dans la forme, car nous avons vu que l'élection était assimilée au contrat de donation et que, même dans le cas de disposition du prince, cas où les auteurs supposent que le prince use d'une prérogative réservée à la nation, la ratification de ce choix est exigée sous forme de prestation libre et volontaire de l'hommage.

Ce principe est fécond en conséquences très importantes : c'est le principe reconnu et formulé à la base des relations du kalife et de la nation, de l'auto-

1. *Coran*, S. II, v, 248.

2. *Coran*, S. XXI, v, 89.

nomie du pouvoir. La nation, en aucun cas, ne peut prendre de décisions exécutoires en ce qui concerne la conduite du gouvernement, ou dans l'administration de l'État. Elle ne peut, par conséquent, intervenir directement dans des affaires de l'État; elle ne peut qu'émettre des vœux, le pouvoir de conférer le caractère exécutoire aux actes d'un homme étant de l'essence de la wilaya générale qui appartient au prince.

Une fois la wilaya générale fixée sur la tête de l'élu elle devient pour lui un droit exclusif. Dans les limites de l'exercice légal du pouvoir, la nation est tenue à l'abandon complet et absolu de la gestion des affaires d'intérêt général ; toute opposition aux ordres du calife, toute action séparée est, en principe, un crime contre Dieu.

Le titulaire peut en disposer comme bon lui semble sous réserve, bien entendu, de l'abus qu'il peut faire de l'usage de ce droit et du respect des lois fondamentales et sacrées de l'empire. Nous avons vu qu'il peut choisir son successeur et que de son vivant il peut faire ce choix avec toutes ses modalités ; ce droit était même absolu au début du califat. Omar proclamait « Je porterai le fait du califat vivant et mort car il est permis au calife de désigner les électeurs, de même qu'il lui est permis de désigner son successeur et, dans ces cas, l'élection ne vaut que faite par ceux qu'il a désignés et l'investiture ne vaut

que pour celui en faveur duquel il a disposé du pouvoir. C'étaient là des droits propres à son autorité de calife. »

Nous avons vu la Nation exiger sa participation effective et Malek réclamer avec succès la liberté dans la prestation de l'hommage, ratifiant le choix du calife.

Le calife peut déléguer ses pouvoirs souverains à un ou plusieurs individus, en tout ou en partie ; mais s'il peut abdiquer le pouvoir, il ne peut l'aliéner en partie, cela étant contraire au principe fondamental de l'unité de l'Empire indivisible. Sa délégation est précaire et peut être révoquée *ad nutum*.

Tout pouvoir, toute autorité émane nécessairement de lui.

En tant que calife, en tant que vicaire du Prophète exerçant sa mission spirituelle, dans le cercle normal de ses attributions, il est irresponsable devant la Nation, il n'a de comptes à rendre qu'à Dieu seul.

Sa personne est inviolable et sacrée ; il puise son inviolabilité, pour tout ce qui concerne les droits de Dieu, dans sa mission de juge suprême sur la terre, des actions de ses sujets.

En tant qu'homme et pour tout ce qui concerne le temporel, il est responsable de sa conduite, soumis à la loi en matière civile pour tout ce qui est du droit humain, mais pour les seuls objets qui inté-

ressent l'honneur et les biens des particuliers ; car tous les hommes sont égaux devant le Maître, dont la loi est la même pour toutes ses créatures. Il est même le premier serviteur de Dieu et plus que tout autre, il est tenu au respect de la Loi dont il est le Protecteur. Les premiers califes se complaisaient à se soumettre à la rigueur équitable de ses dispositions.

Dans sa fonction d'administrateur, de wali des deniers publics, Othman reconnaissait très volontiers son obligation de rendre compte de leur emploi. De ce chef on pouvait l'appeler en justice. Ali ne dédaigna pas de comparaître devant les tribunaux comme accusateur contre un chrétien soupçonné de lui avoir volé son armure. L'accusé ayant les formes de son côté, gagna le procès et traita ensuite de gré à gré avec le Commandeur des Croyants.

Une anecdote montrera tout ce qu'il y a d'essentiellement égalitaire dans cette législation : Aboul-feda rapporte que Djabalah, roi chrétien, de l'illustre race des Sassanides, après s'être converti à l'islamisme, se rendit auprès d'Omar. Le peuple musulman se porte à sa rencontre, et Djabalah fait une entrée magnifique à Médine, entouré de toute la pompe royale.

Il fait le pèlerinage de la Mecque et au cours du rituel, un pèlerin, par mégarde, lui marche sur l'hiran qui tombe des épaules royales. Le prince furieux lui assène un violent coup de poing. Plainte

est portée devant Omar Djebalah répond qu'il est roi et que l'autre n'est qu'un homme du peuple. Omar réplique alors : « cela ne fait rien à la question, vous êtes l'un et l'autre musulmans et comme tels vous êtes égaux devant la loi. »

Djebalah, suffoqué, n'eût rien de plus pressé que d'abjurer une religion qui contenait des principes aussi singuliers.

CHAPITRE VI

Des attributs de la « wilaya générale »

Si nous nous plaçons au point de vue de la division célèbre des pouvoirs du droit public moderne, nous dirions qu'en principe il n'y a qu'un seul pouvoir, et il ne peut en exister qu'un, le pouvoir exécutif.

Parler du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire comme de deux puissances distinctes, serait un non sens.

Dans l'exercice de la puissance souveraine, en effet, le calife ne souffre aucun partage. Aucune puissance, en dehors des « wilayas spéciales » instituées par Dieu, ne peut prendre naissance sans qu'elle ait sa source dans la volonté du prince, sans qu'elle soit « dérivée » de sa puissance universelle et générale. Maître absolu, dans les limites de sa compétence, il peut, à volonté, réformer les actes de toute autorité dans l'État, et sa magistrature suprême lui subordonne tout être humain sur la terre. Tout ce que l'on peut dire en cette matière, c'est qu'il est

possible tout au plus de réaliser le principe inférieur de la séparation des fonctions qui ne peut, d'ailleurs, donner aux sujets qu'une garantie toute relative étant l'émanation de la seule volonté du prince.

Le pouvoir législatif n'est pas de ce monde ; il appartient à Dieu, Maître du monde, « qui a édicté les règles de la loi, et a distingué les choses permises des choses défendues ; par l'effet de la loi qu'il a donnée au monde, les relations humaines sont devenues régulières et sûres, et les principes du droit ont trouvé un fondement inébranlable ».

« Aux détenteurs du pouvoir, il a confié le maintien de ce qui est l'effet de la détermination la plus parfaite et la cause de l'ordination la plus sage. Il a confié à un chef, le calife, le pouvoir, afin que les règles du gouvernement découlassent des principes sacrés de la loi (1). »

La « wilaya générale » ne renferme donc que la puissance exécutive, le pouvoir d'appliquer la loi et de veiller à son exécution. Aussi, tous les actes du prince sont-ils qualifiés « canouns », règlements, décrets. Il ne doit jamais se permettre la moindre innovation dans aucune partie de la législation canonique, moins encore si par sa nature ou son objet, elle tend à aggraver le sort de son peuple, des créatures de Dieu confiées à sa garde.

1. Mawerdi, *El Ahkam es-Soltania*.

« Toute loi nouvelle est une innovation ; toute innovation est un égarement, et tout égarement conduit au feu éternel » (Hadith) ; car Dieu a déclaré formellement : « Nous n'avons absolument rien omis dans notre livre. »

Tout ce qui est légalement et humainement possible de faire, c'est interpréter les textes sacrés ; c'est rechercher dans quel précepte Dieu a prévu l'événement et donné la règle ; le seul pouvoir du calife, c'est d'appliquer ces préceptes aux événements qui se présentent ; mais il ne jouit de la plénitude de ce pouvoir réglementaire (sous la réserve des droits de conseil et de contrôle général de la nation, point qui fera l'objet de développements ultérieurs), que dans l'administration de l'État, dans l'ordre politique, surtout lorsque ces décisions ont pour but réel l'utilité publique, la gloire et la prospérité de l'Islam.

Hors de là, le prince, en tant que calife, n'a qu'une autorité inférieure. Le *Coran*, en effet, ne contient que des préceptes d'une concision et d'une élasticité, qu'il tire de son caractère divin et à sens caché, qui en rendent l'interprétation inaccessible au commun, à l'homme peu versé dans l'esprit et la lettre de la Tradition, dans les circonstances qui ont présidé à la révélation de la parole de Dieu, et qui ne possède pas une forte culture juridique. Il faut donc expliquer, interpréter la volonté présumée de Dieu, écrite dans son livre.

Eh bien ! cette mission de dire, de fixer le droit par interprétation des textes sacrés, n'incombe pas au prince par privilège. Dieu a dit aux musulmans : « Vous êtes la meilleure nation qu'il ait été donné au genre humain de voir ; vous ordonnez de faire ce que Dieu agrée, et défendez de faire ce que Dieu désapprouve (1). »

Par la voix de son prophète, il a déclaré : « Ma nation ne tombera pas d'accord pour accepter l'erreur. » (Hadith).

C'est le principe posé que la nation musulmane est infaillible, lorsqu'elle se prononce en matière légale. C'est le précepte qui crée la présomption légale, irréfragable, qu'il se trouvera toujours dans la nation un fonds de bons esprits et d'hommes de bien pour la diriger dans la voie de Dieu. C'est la consécration, par conséquent, que la coutume est une source législative supérieure, à l'égal du *Coran* et de la tradition, car la nation décide, en matière de droit, soit expressément, soit tacitement, en tolérant certaines pratiques ou en ne s'opposant pas à une doctrine interprétative, professée par des légistes.

Mais, et ceci est fondamental, l'accord de la nation est une source législative dérivée ; elle doit être conforme ou tout au moins elle ne doit pas être contraire aux textes sacrés.

1. *Coran*, S. III, v. 106.

Il existe une seconde source législative de deuxième ordre, dérivée naturellement, mais qui a une très grande importance. Elle est constituée par les décisions des « moudjtahids », théologiens légistes dont la science et la probité sont unanimement reconnues, et qui commentent en communion tacite avec la nation, la parole de Dieu et du prophète.

Un auteur considérable a dit d'eux « qu'ils sont en réalité les Princes des Princes. » Il n'est roi ni chérif qui puisse prétendre à quelque supériorité sur eux, à moins qu'ils ne soient eux-mêmes « moudjtaheds », et alors ils sont leurs égaux.

Leurs décisions ont force de loi, étant considérées par la nation comme correspondant au véritable esprit de la loi. La même autorité est reconnue aux solutions légales des « moudjtahids » qui, sans avoir le degré de science nécessaire, ont un autre titre qui supplée à cette qualité et les place au-dessus des simples mortels. Nous voulons parler des Compagnons du Prophète.

Remarquons en passant que c'est en cette qualité que les premiers califes ont interprété la loi, concurremment d'ailleurs, avec les autres Compagnons dont ils demandaient l'avis, obligatoire pour eux lorsqu'il avait réuni l'unanimité de ces voix consultatives.

Ce titre leur a été conféré par le Prophète lui-même dans ces termes. « Mes compagnons sont

« comme des étoiles ». « Il vous incombe d'agir
« comme j'agis et agiront après moi les califes
parfaits »

En somme, étant donnée la concision des textes sacrés du *Coran* et de la *Sunna*, ce sont les docteurs légistes et après eux les juristes qui furent et sont encore aujourd'hui en fait la véritable source vive de la législation islamique, quoiqu'en principe, la seule source législative réside dans la volonté immanente de Dieu.

Dans cette œuvre d'interprétation de la parole divine, lâche et extrêmement élastique de sens, les docteurs de l'Islam ne sont pas autre chose que l'écho fidèle de la conscience nationale déclarée infaillible par la grâce de Dieu. Ils ne créent pas par eux-mêmes les raisons de tel ou tel commentaire. Ces solutions leur sont imposées par un travail obscur qui s'élabore dans les profondeurs de la masse sociale, d'où émerge, à une époque donnée, la croyance, la conviction pénétrante et profonde que tel est bien le seul et véritable esprit de la parole de Dieu. La mission du docteur, du juriste, c'est de donner un corps à cette âme, c'est d'extérioriser ce sentiment, cette croyance ; de dégager le précepte sous la forme incisive d'une règle juridique.

Écoutons le cheick Charaoui, célèbre par sa piété et par sa science, véritable précurseur de l'école historique moderne, énoncer ce grand principe et

rendre hommage à la grande loi de l'évolution et du progrès

« Les modifications ou abrogations se succèdent dans le monde. La loi de Jésus a été annulée par la loi de Mahomet. Il y a donc obligation d'observer la loi de Mahomet et d'abandonner ce qu'elle a abrogé de la loi de Jésus.

« Le même fait s'est continué. Ainsi, des ulémas éminents qui, pendant une longue période de temps, avaient scrupuleusement suivi tel principe légal, s'aperçurent qu'un autre principe, sur le même point était appuyé sur des bases plus droites et plus saines. Ils ont alors abandonné le premier et se sont conformés au second, considérant le premier comme un dire abrogé bien que des ulémas leurs prédécesseurs l'eussent strictement suivi pendant longtemps; et l'eussent fait servir de motif fondamental à leurs décisions jusqu'à leur mort. Et vous diriez aujourd'hui à quelqu'un : « observez consciencieusement l'ancien principe premier » que l'individu s'y refuserait.

« Ces modifications ou rectifications s'expliquent. C'est que quand Dieu (lisez la conscience sociale) veut que ses serviteurs se soumettent à d'autres règles ou prescriptions et cela sous d'autres manières spéciales, différentes des anciennes, il montre aux grands ulémas, qu'ils ont à apprécier des données autres que celles qu'ils avaient acceptées. Et ils

s'empressent d'agir et de pratiquer selon les nouveaux principes par eux adoptés. Puis leurs continuateurs et imitateurs suivent leur exemple avec joie.

Il en sera toujours ainsi jusqu'au perfectionnement final des rites, jusqu'à la fin des siècles.

« Ce qui confirme cet aperçu est cette parole d'Omar : « Le Dieu Très-Haut fera surgir parmi les hommes des événements décisifs, selon les temps où ils vivront et les conditions d'existence où ils se trouveront. » Cette idée a été acceptée par le savant Orta, par El-Moudjahed et par l'imam Malek. Ces hommes de science ne donnaient de solution ou de réponse définitive à ceux qui les questionnaient à propos d'événements, que si l'événement avait eu lieu, et ils disaient : « Quand cela aura lieu (on verra) ». Et les ulémas de cette ancienne époque se prononçaient de même.

« Certes, il y a eu au fond de ce fait (d'évolutions et de mouvements) une vue de la bonté divine pour les nations musulmanes. Car le Très-Haut a aperçu les malaises qu'ont subis dans la pratique les hommes de ces époques et il a suscité, du sein même de leur société, des réformateurs qui les ont fait sortir de la voie où ils étaient.

On est donc autorisé à affirmer, Dieu le sait ! que ces choses se sont accomplies par la volonté divine afin que s'opérât à l'endroit des ulémas de l'islamisme ce qui s'est opéré à l'endroit des envoyés ou pro-

phètes de Dieu, dont ils sont les héritiers et successeurs, c'est-à-dire afin qu'ils proclamassent, à quelque époque de temps que ce fût, des aperçus ou principes qui paraîtraient nouveaux et sembleraient abroger et annuler une loi antécédente, sans cependant l'abroger et l'annuler en réalité » (1).

Examinons donc la matière de la wilaya générale, le cercle de l'activité califale. Il faut distinguer soigneusement dans la puissance réglementaire deux ordres de matières : il y a la matière spirituelle et la matière temporelle.

La première est relative à ce qu'on appelle « les droits de Dieu », la seconde aux droits des musulmans.

Le pouvoir spirituel est considéré comme infiniment supérieur à la puissance temporelle ; les princes l'ont toujours considéré comme la partie essentielle des prérogatives du califat, et ce fut le sentiment national. La raison en est que c'est surtout ce pouvoir qui confère à l'émir la qualité de vicaire et successeur du Prophète, en style imagé, de lieutenant de Dieu sur la terre. Il semble bien aussi que ce fut l'esprit du Prophète, car lorsqu'il fut empêché par la maladie de s'occuper personnellement des affaires publiques, il ne se soucia de pourvoir à son remplacement que pour ce qui concernait la direction religieuse.

1. Charaoui, *Balance de la Loi*. — Traduction de Perron.

Affaibli sous les Omméiades, le caractère essentiellement pontifical se fortifia prodigieusement sous les Abassides sous l'influence chiïte.

« Les Abassides (1) de Bagdad et ceux d'Égypte, quoique réduits aux seuls pouvoirs spirituels, disposaient pour ainsi dire des trônes et des couronnes, et tous les princes, élevés sur les ruines du califat, tenaient à honneur de recevoir de leurs mains non seulement l'investiture de leurs États, mais encore des titres et des surnoms honorifiques. Les souverains même de Bagdad leur témoignaient les respects les plus profonds. Dans les cérémonies publiques, ils leur baisaient la main ou l'anneau qu'ils portaient au doigt, et les califes ne les recevaient jamais qu'assis sur leur chaire.

« Telle fut, entre autres étiquettes, celle qui s'observa à Bagdad, l'an 1057 de J.-C. (449 de l'hégire) dans une audience publique qu'Abdallah V donna au sultan Toghroul Seldjouky, le maître de la Perse, de l'Irak, et la terreur de l'Orient.

« Le calife, entouré des grands officiers de sa cour, le reçut assis sur un trône élevé de quatorze pieds couvert du manteau (Bourda) de Mahomet, et tenant le sceptre (Cadhib) de ce fondateur de l'islamisme.

« Le sultan lui fait une profonde inclination, s'approche, lui baise la main, et le calife, se tournant

1. D'Ohsson, *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. I, p. 234.

vers son premier ministre, lui parle en ces termes :
« Dites au sultan Toghroul que sa personne nous est agréable, que nous le voyons avec plaisir, que nous lui déferons les terres, les domaines, les États dont il a plu à l'Etre suprême de le favoriser, et que nous lui recommandons l'équité et la clémence, ainsi que les peuples confiés par le Tout-Puissant à sa garde et à ses soins paternels.

« Après que le vizir eut rendu ce discours, le sultan, toujours debout, prend encore la main du calife, la rebaïse, et s'en frotte respectueusement les yeux... »

Tel est le prestige prodigieux du califat et du pouvoir spirituel, que le sultan le plus puissant est contraint de s'humilier devant le pontificat de la dynastie mourante des Abassides...

Dans le pouvoir spirituel, l'attribut le plus important qui domine dans la wilaya, qui en est l'attribut essentiel, jusqu'à en faire exclusivement le signe distinctif de la dignité califale, c'est la mission spirituelle proprement dite. Revêtu de la plénitude du sacerdoce, le prince assure la direction spirituelle, et veille au maintien du dogme suivant les principes de l'orthodoxie.

En cette qualité, il préside à la prière publique du vendredi, et aux deux grandes fêtes religieuses. Dans tout l'empire, il se fait représenter par des agents, et la prière se fait en son nom. Les califes veillent

très jalousement à cette prérogative, parce qu'elle est le signe extérieur le plus évident de leur dignité ; elle indique leur qualité de suzerain suprême et les distingue du simple émirat ou sultanat, dignités vassales.

Les anticalifes, pour affirmer leurs prétentions au califat, n'ont eu qu'à substituer dans les prières publiques du vendredi, leur nom propre au nom du calife légitime et le pas était franchi, car cet événement leur conférait de plein droit, dans l'esprit du temps, la dignité califale.

La conduite de la guerre sainte est un second attribut de la wilaya. Les ordres de Dieu sont impératifs : « Combattez donc les suppôts de Satan (1). » « O, croyants, combattez les infidèles qui vous avoisinent (2). » « O Prophète, combats les hypocrites et les infidèles (3). »

La guerre pour l'extension de l'islamisme, pour l'exaltation de la vraie foi et la répression de l'iniquité des mécréants, est un devoir pour les musulmans, sous la conduite de l'Imam. Tant qu'il y aura un infidèle sur la terre, le devoir du Chef de l'État musulman est de l'inviter à se convertir et à se fondre par conséquent dans le sein de l'Empire, ou à se sou-

1. *Coran*, S. IV, v. 78.

2. *Coran*, S. IX, v. 124.

3. *Coran*, S. IX, v. 74.

mettre à l'autorité instituée par Dieu, la seule qui soit légitime sur terre.

« La guerre sainte durera jusqu'au jour de la « résurrection », a dit le Prophète. C'est un impérialisme effréné que Dieu a fait obligatoire, essentiel, dans le système politique du califat.

A la base de toute relation du gouvernement impérial avec l'État infidèle indépendant, non encore placé sous l'égide de sa puissance, il doit y avoir constamment et toujours l'idée que seul le principe de domination et de conquête motive ces rapports. Dieu a dit dans l'Écriture que c'est le seul véritable principe de la vie et de la prospérité des peuples : la nation qui le perdra de vue sera bientôt submergée et asservie. Tout ce qui est musulman doit être sous l'autorité unique du califat, tout ce qui est infidèle doit être combattu et asservi à l'empire « Faites leur la guerre jusqu'à ce qu'ils paient le tribut de leurs propres mains, et qu'ils soient soumis (1). »

En droit musulman, l'idée d'un droit public international est inconcevable en principe ; il n'y a pas d'autre droit que celui du *Coran*.

Le caractère un et universel du califat, l'illégitimité de principe de toute puissance organisée qui ne puise pas sa source dans la volonté du calife,

1. *Coran*, S. IX, v. 29.

l'infériorité où Dieu a fait obligation à son peuple de tenir ceux qui restent sourds à son appel et persistent dans l'erreur, excluent toute courtoisie internationale sans laquelle on ne peut concevoir de relations régulières, nient le principe fondamental de l'égalité des États, et le principe encore plus fondamental, si l'on peut dire, de l'existence légitime légale d'un État distinct de l'Empire musulman, souverain et indépendant.

Il n'y a que l'utilité de l'Empire musulman, l'état de nécessité qui permettent de conclure une trêve, qui ne doit d'ailleurs pas excéder dix ans, selon l'exemple de Mahomet, et qui peut être dénoncée par le prince en cas de violation de sa lettre ou de son esprit par l'adversaire, violation dont le Commandeur des Croyants est seul juge.

Les traités perpétuels d'amitié sont un crime envers Dieu. « Traite-les avec rigueur ! » S.IX, v.74. « N'invitez pas les infidèles à la paix quand vous êtes les plus forts. » S. XLVII, v. 37.

« Comment pourrait-il y avoir une alliance entre Dieu, son apôtre et les infidèles ? » IX, 7. « Comment observeraient-ils cette alliance ? S'ils ont le dessus, ils n'auront aucun égard, ni aux liens du sang, ni à la foi jurée. La plupart d'entre eux sont des criminels. » IX, 8.

Les autres attributs de la puissance spirituelle sont

la perception des zakats (1), ou aumônes légales, du quint (2) et des biens en déshérence (3), le maintien de l'ordre et de la sécurité publique, et la défense du territoire, qui en est la conséquence.

1. Les recettes principales de l'État musulman étaient : le zakat, la capitation, le Kharadj sous toutes ses formes.

a) *Le zakat*. — Le zakat est le premier et le seul impôt qui frappe les biens des musulmans. Il a son origine dans le *Coran* (S. II, 2, 40, etc. XIX, 32, etc.). Il a le caractère de privilège pour les musulmans, car il purifie les biens de la souillure du péché (S. IX, v. 104). A l'origine son caractère d'impôt était assez obscur, mais d'assez bonne heure il dégénéra en impôt ou taxe, nettement obligatoire et qui ne dispense nullement de l'aumône. Dieu en a fait une des obligations fondamentales imposées aux musulmans.

Le zakat est un impôt cédulaire mixte sur le capital et sur le revenu.

Outre la condition essentielle de musulman il faut, pour payer le zakat, posséder en propriété pleine et entière, la matière imposable.

Il ne frappe que les *biens certains* (une dette contestée, un esclave fugitif, un bien usurpé ou égaré sont des biens incertains) et, parmi les biens certains, les *productifs*.

a) Les créances, les métaux précieux et les marchandises.

b) Le bétail (distingué des autres à raison de son importance dans la fortune mobilière des Arabes): chameaux, bêtes à cornes, chevaux, moutons, chèvres.

c) Les fruits de la terre et des arbres.

Les animaux, pour être imposés, doivent être possédés depuis un an — et être en âge de paître — âgés d'une année. Dans un troupeau composé de jeunes bêtes, un seul animal de plus d'un an rend tout le troupeau imposable. C'est de l'infection fiscale.

L'impôt qui frappe le produit de la terre (céréales, riz, millet, fèves, pois, etc.) s'appelle *dîme*. Sont terres de dime les terres possédées en toute propriété par des musulmans : 1° les terres d'Arabie proprement dites ; 2° les terres dont les détenteurs ont adhéré spontanément à l'Islam sans combat ni violence ; 3° les terres conquises et partagées entre les vainqueurs comme butin ; 4° les terres mortes vivifiées.

Ces biens ne sont pas frappés en totalité par l'impôt et d'une

Le pouvoir temporel concerne l'intérêt particulier et matériel des musulmans. La protection de la vie de l'honneur et des biens des particuliers, l'adminis-

façon uniforme. On procède avant d'asseoir l'impôt à une discrimination savante qui, avec l'existence du minimum imposable rend l'impôt progressif. Ce minimum (niçab) est pour l'or de 20 dinars, pour l'argent de 200 dirhems. La marchandise est assimilée à l'argent. Pour les animaux, l'unité de base est le troupeau et le niçab est de 5 têtes pour les chameaux ; 30 pour les bêtes à cornes ; 40 pour les moutons et les chèvres. Point de niçab pour les chevaux, d'ailleurs seul Abou Hanifa les déclare imposables à l'exception des chevaux de guerre.

Le niçab pour les produits du sol est de 5 wasq.

Tarif. — Le taux du zakat des métaux précieux et des marchandises est de 2 1/2 o/o. (On a déduit au préalable les articles de vêtements et de ménage, les armes, les livres de science qui ne sont pas imposables).

Celui pour les fruits de la terre est du dixième « ochr » pour les terres dont l'irrigation se fait naturellement par des pluies périodiques ou par des inondations ; mais il n'est dû que 1/20 des produits si l'irrigation est faite par des moyens artificiels (puits à roues, norias, réservoirs, etc.).

Pour les animaux une tête par tant de bêtes selon une progression arithmétique, puis irrégulière. Les chevaux payent 5 o/o de leur valeur. Sont exemptées les bêtes nourries à l'étable, les animaux domestiques, les bêtes employées aux travaux des champs, à l'arrosage, aux transports.

Pour la détermination de la matière imposable, on distingue « les biens cachés » et les biens « apparents ». Les premiers comprennent les métaux précieux et les marchandises. Pour ces biens, c'est le système de la déclaration obligatoire, mais sans inquisition, sans aucun moyen pour le collecteur de contrôler cette déclaration si ce n'est celui de pouvoir exiger le serment du contribuable que ce qu'il affirme est la vérité.

La Capitation. — C'est un impôt personnel, dont l'origine est dans le *Coran*, IX, 29, qui pèse sur tout sujet infidèle — dhimmy — et en état de travailler et de gagner sa vie, les étrangers y sont soumis après un an et un jour de résidence dans le pays

tration des deniers publics (tributs et capitation) et la gestion des domaines de la communauté musulmane, la nomination à tous les emplois religieux,

musulman. L'impôt est de 4 dinars pour la classe des assujettis qui possèdent 10.000 drahms et au-dessus; de 2 dinars pour ceux qui possèdent plus de 200 drahms et moins de 10.000; de 1 dinar pour ceux qui ont moins de 200 drahms. Les indigents sont exemptés.

L'impôt est payé par tranche — par $1/12$ — à chaque nouvelle lune.

Il doit être perçu d'une manière humiliante : le collecteur reste assis tandis que le dhimmi paye sa contribution debout. Une tradition rapporte que le collecteur doit prendre le dhimmi au collet et le secouer en lui disant : « Paye ta dette, dhimmi ! »

La capitation est le prix de la vie et de la liberté du dhimmi, vaincu qui a été épargné alors qu'il aurait pu être tué ou fait esclave de par le droit de la guerre. C'est aussi une pénalité infligée à l'infidèle qui s'obstine dans l'erreur.

Une application curieuse de ce dernier caractère : au cas où un dhimmi reste débiteur du chef de cet impôt pour plusieurs années, les droits du fisc sur cet arriéré sont réduits à la dernière capitation, attendu que celle-ci a le caractère de peine légale et que le principe du non-cumul des peines s'oppose à leur totalisation.

Le Kharadj. — Le Kharadj n'est pas clairement et positivement indiqué dans le texte du *Coran* dit Mawerdi. Aussi est-il réglé par les pratiques du Prophète et des califes orthodoxes.

Le Kharadj était un cens ou loyer. Le Prophète avait dit : « Le Kharadj est le résultat d'un bail à loyer. »

Il est assis sur les terres conquises par la force sur les infidèles, non partagées et laissées aux mains des habitants.

En raison de son caractère contractuel, le tarif est immuable, fixé une fois pour toutes. De plus le fermier est considéré comme tenu de cultiver le sol de par ses engagements et de payer le foyer, une seule des parties ne pouvant unilatéralement rompre le contrat. Cette considération rendait le dhimmi esclave de sa terre où il était tenu et contraint de résider, il était tout à fait dans la même situation que le colon romain. Mais sa voie de libération était la conversion.

L'assiette du Karadj exige au préalable la cadastration des

civils et militaires, en un mot, aux fonctions publiques.

Les théoriciens du droit public qualifient ces pré-

terres assujetties. Ce cadastre est fixe ou variable suivant la nature du Kharadj établi par la convention organique. Il y a en effet principalement deux sortes de Kharadj : « le Kharadj fixe », impôt foncier frappant la terre même selon son revenu présumé et « le Kharadj proportionnel » impôt sur les revenus réels de la terre estimés chaque année.

Le premier a pesé principalement sur l'Egypte et la Syrie. Il est très favorable à la prospérité économique du pays, car sa fixité est un stimulant précieux pour augmenter la productivité de la terre, le tenancier bénéficiant seul de l'augmentation.

Taux. — L'on doit suivre la pratique du Prophète et des quatre premiers califes. On doit donc, à l'exemple de ceux-ci, se maintenir entre les taux de 20 0/0 et 50 0/0. Mais pour les deux impôts on doit procéder à des déductions et une discrimination serrée. Ainsi on déduira un « fonds de réserve » pour que le cultivateur puisse parer aux accidents et désastres qui peuvent fondre inopinément sur ses récoltes. On distinguera si l'irrigation est naturelle ou artificielle, les terres près des villes et des marchés et celles loin de tout centre dont les produits sont grevés du prix du transport, etc.

Enfin cet impôt *est réel*, il suit la terre sans égard à la qualité des possesseurs, dhimmy ou musulman.

Caractères des impôts musulmans. — Il faut distinguer les musulmans et les dhimmys, de situations juridiques foncièrement différentes.

Dans la société musulmane, l'impôt est une pratique qui purifie; il apparaît en outre comme un devoir de solidarité sociale et un moyen d'égaliser la jouissance des richesses et d'en réaliser entre les individus une répartition plus équitable.

Dans la société des dhimmys, l'impôt est essentiellement contractuel, ses caractères de justice, de généralité, d'uniformité, d'universalité sont subordonnés aux clauses des traités. Mais dans ces cas l'impôt apparaît comme le prix du service rendu c'est une prime d'assurance moyennant quoi l'Etat musulman assume sa mission de protection.

C'est aussi le prix du rachat de la vie et de la liberté de l'assu-

rogatives d'obligation du califat. C'est une conséquence remarquable de la théorie contractuelle. Dans leur esprit le contrat de califat engendre des

jetti ou le loyer de la terre. Enfin, par un phénomène curieux, il a fini par être le signe de l'exclusion de la propriété ou le signe distinctif de la qualité de dhimmi, et alors il prend dans ce cas un caractère vexatoire humiliant, pénal même. Ici, aucune idée de devoir social.

Budget des dépenses. — On distingue les dépenses obligatoires et les dépenses facultatives.

Le calife est tenu d'instituer quatre caisses correspondant aux quatre catégories de recettes suivantes frappées ainsi d'affectation et sans possibilité de virement d'une caisse à l'autre.

1^o Le quint légal sur le butin, les mines et trésors ;

2^o Les zakats ;

3^o L'aubaine (fei) Kharadj, capitation, tributs divers, etc. ;

4^o Les successions vacantes.

De l'affectation du quint, S. VIII, v. 42 ; S. LIX, v. 7. — « Sachez que du butin que vous avez fait, le cinquième appartient à Dieu, à son Apôtre et à ses parents, aux orphelins, aux pauvres et aux voyageurs. » La part de Dieu revient à l'Etat pour être dépensée dans l'intérêt général.

Affectation des zakats. — Ce deuxième fonds spécial doit être employé à secourir les musulmans pauvres et indigents (LXX, 23-24-25), les zélateurs de la religion disposés à faire le pèlerinage de La Mecque ; les volontaires de la guerre sainte qui se joignent à l'armée régulière (*Coran*, S. II, v. 27 et LVII, 10) ; les voyageurs dénués d'argent au milieu de leur route (S. II, v. 211) ; les esclaves débiteurs de leur prix d'affranchissement ; les débiteurs malheureux qui ont contracté dans l'intérêt des musulmans, enfin à indemniser les percepteurs, les amels.

3^o Le « fei » doit profiter uniquement et exclusivement aux musulmans. Il doit être employé à des travaux d'intérêt général, fortification des frontières de l'empire, solde de l'armée, récompenses des actions d'éclat, traitement des fonctionnaires publics, construction de l'outillage économique, etc. En somme, initiative presque complète du prince.

4^o *Successions vacantes.* — Ce fonds doit être affecté à l'en-

obligations très précises à l'égard des deux parties, savoir : le prince et la nation. Il serait plus exact de dire, et nous pensons volontiers que cette idée était dans l'esprit des légistes étant conforme à la nature de la « wilaya générale », il serait plus juste de penser que ces attributs sont exercés obligatoirement par le

tretien des malades indigents, aux frais de leur sépulture, à l'entretien des enfants trouvés.

Parmi ces affectations nous voyons qu'il en est de spéciales à des individus déterminés comme la famille du Prophète (les chérifs) ; et de générales à une classe d'individus. Ici le prince peut se mouvoir dans les limites de cette classe.

Ajoutons que si la classe ainsi désignée a un droit particulier sur les fonds à elle affectée, l'individu dans la collectivité n'en a aucun, le prince est seul juge de l'étendue des besoins de chacun.

Telles sont, sommairement rapportées, les lignes générales du budget de l'Etat musulman.

2. *Coran*, S. VIII, v. 42 et S. LIX, 7 : « Sachez que du butin (mobilier ou immobilier en cas de partage des terres) que vous avez fait le cinquième appartient à Dieu. »

3. Lorsque le défunt ne laisse aucun parent au degré succésible, ni patron ni affranchi, et qu'il n'a institué ni héritiers adoptifs de ce genre ni légataires universels, ses biens appartiennent à « Beit el Mal ».

En droit musulman il y a des cas où la part d'une série d'héritiers qui font défaut n'accroît pas aux héritiers à portion légale. Cette part vacante revient à Beit-el-Mal.

Le droit d'aubaine n'existe pas en droit musulman. Voici ce que dit Khalil à ce sujet : « Quant à l'étranger, s'il entre sur notre territoire pour faire la guerre et y meurt, son bien appartiendra au fisc ; mais s'il y vient sous la foi des traités, sa succession appartiendra à ses héritiers s'ils sont avec lui ; ou dans le cas contraire, elle devra être envoyée dans leur pays avec le montant de la composition légale s'il a été tué volontairement.

« Il en est de même s'il est venu — bénéficiant d'un aman — dans le but de se pourvoir de vivres, de munitions ou d'agres et qu'il soit mort après un court séjour. »

prince, parce que premièrement, les textes qui servent de fondement à ces attributs sont impératifs, et qu'ensuite, le califat n'est point pour lui un droit propre, à proprement parler (on ne saurait en cette matière parler de droit du prince pour le motif que le terme de « droit » implique forcément un profit personnel, un avantage particulier ; or, il n'est en rien), mais une fonction créée dans l'intérêt et au profit des musulmans et de Dieu ; dès lors, leurs droits ne sauraient être à la merci du bon plaisir du prince.

Quoi qu'il en soit, en face de ces prérogatives, de ces charges du califat qualifiées obligations, d'autres devoirs pèsent sur la nation. Les sujets doivent obéissance, respect et assistance au souverain, devoirs qui résultent de la prestation de l'hommage ou serment de fidélité, la « béïa » (mot qui signifie prendre l'engagement d'obéir).

Nous avons vu que c'est cette prestation du serment de fidélité qui parfait le contrat de califat. Nous avons vu aussi que cette prestation pouvait être contrainte et que c'est Malek qui en a obtenu la liberté de consentement.

Cependant, si la prestation du serment d'obéissance est volontaire, elle est obligatoire pour le musulman dès que le calife a été désigné, pour la raison qu'il n'est pas au pouvoir de la nation de fixer son choix sur un candidat, c'est-à-dire le recon-

naitre seul digne du califat, tout en se réservant la possibilité arbitraire de ne pas lui obéir ; ensuite parce que Dieu a dit : « O vous qui croyez, obéissez « à Dieu, à son apôtre, et à ceux parmi vous qui « exercent l'autorité... » (1), et par la voix de son Prophète : « Celui qui meurt sans avoir prêté hom-
« mage au prince, meurt de la mort du païen », et ce polysyllogisme : « Celui qui m'obéit obéit à Dieu ;
« celui qui me désobéit désobéit à Dieu ; celui qui
« obéit au souverain m'obéit, et celui qui désobéit au
« souverain me désobéit » (Hadith). Par consé-
quent, obéir au souverain, c'est obéir à Dieu. Or,
l'obéissance à Dieu est obligatoire.

Ce serment de fidélité une fois prêté, toutes choses demeurant en état, devient irrévocable, car il est dit dans *l'Écriture* : « Ceux qui, en te donnant la main,
« te prêtent serment de fidélité, le prêtent à Dieu ;
« quiconque violera le serment, le violera à son
« détriment, et celui qui restera fidèle au pacte, Dieu
« lui accordera une récompense magnifique » (2).

Mais s'il est un devoir d'obéir au prince, dans quelle mesure cette charge pèse-t-elle sur les sujets ? Dès l'abord, nous pouvons affirmer qu'elle ne sera pas l'obéissance passive, aveugle, absolue, l'obéis-

1. *Coran*, S. IV, v. 62.

2. *Coran*, S. XLVIII, v. 10,

sance de l'esclave au maître. Cette obéissance n'est due qu'à Dieu seul.

En ce qui concerne les ordres du prince, il faut distinguer : lorsque celui-ci agit dans les limites de sa compétence, c'est-à-dire lorsqu'il défend et ordonne dans un but d'utilité publique et pour la plus grande prospérité de l'état (intention reconnue par la nation, soit expressément, soit tacitement par son attitude passive), et lorsqu'il agit conformément aux prescriptions de *l'Écriture*, alors, ses ordres doivent être exécutés sans discussion, avec une soumission d'autant plus entière qu'elle sera plus éclairée.

Obada ben Samit a dit : « Nous prêtâmes serment
« de fidélité à l'envoyé de Dieu, en déclarant que
« nous lui obéirions aussi bien pour tout ce qui nous
« plairait que pour ce qui nous déplairait ; que nous
« ne disputerions pas le pouvoir à ceux qui le détien-
« draient, que nous observerions ce qui est juste,
« partout où nous serions, et que, lorsqu'il s'agirait
« de Dieu, nous ne redouterions le blâme de per-
« sonne » (Hadith).

Paroles complétées par ce Hadith : « Comme, a dit
« Yazid, je demandai à Salama sur quoi avait porté
« leur serment de fidélité au Prophète, le jour d'El
« Hodafbiya, il me répondit : nous jurâmes de lui
« sacrifier notre vie ». Mais cela ne doit pas aller
jusqu'à l'immolation, car, comme Abdallah ben
Omar et sa suite prêtaient serment de fidélité en lui

déclarant qu'ils lui obéiraient, le Prophète lui-même a dit : « dans la mesure où vous le pourrez » (Hadith).

La condition de légalité est une condition fondamentale — *sine qua non* —. Le verset : « O vous qui « croyez, obéissez à Dieu, au prophète et à ceux « parmi vous qui exercent l'autorité », est immédiatement précédé de cette autre parole « Dieu vous « commande de juger vos semblables avec équité » (1).

Dieu n'ordonne donc d'obéir, d'après l'interprétation traditionnelle, qu'après avoir précédemment commandé aux princes d'être justes et équitables ; les sujets ne sont dès lors tenus à l'obéissance qu'en tant que ces « walis » agissent en conformité avec la loi, source de toute justice et de toute équité.

Obada ben Samit rapporte : « Parmi les termes « que le Prophète nous fit employer dans la formule « du serment de fidélité, se trouvaient ces mots : « Nous faisons serment d'obéir ponctuellement dans « les choses qui nous plaisent ou nous déplaisent, « dans la misère comme dans l'aisance, et dans les « choses qui nous seront imposées par nos chefs. » Puis, il ajouta : « Vous ne discuterez jamais les ordres « de ceux qui ont le pouvoir, à moins que vous ne « jugiez que ce soit une infidélité flagrante, d'après « les instructions que vous avez reçues de Dieu à ce « sujet. » Abder-Rahman dit en s'adressant à

1. *Coran*, S. IV, v. 61.

Othman : « Je vais te prêter serment de fidélité
« pour la loi de Dieu, ainsi que pour la tradition
« de son envoyé et des deux califes qui lui ont suc-
« cédé » (Hadiths).

Nous pensons que ces textes très clairs se passent de commentaires.

La sanction de se devoir consiste en ce que celui qui est sorti de l'obéissance sans motif légal doit être considéré comme rebelle à Dieu et poursuivi sans trêve jusqu'à ce qu'il rentre dans l'obéissance.

L'histoire des premiers califes nous offre une application fameuse de ce principe : la lutte entre Ali et Moawia, accusé de rébellion.

Le principal grief des kharedjites contre Ali était précisément qu'Ali s'en était remis à la décision des hommes pour vider son différend avec Moawia, alors que Dieu a commandé au calife de réduire les rebelles par la force. C'est pour cette raison qu'ils ont déclaré Ali déchu du califat, et se sont séparés de lui.

Cet exemple célèbre nous donne par la même occasion la solution du deuxième cas, que nous avons distingué du premier.

Lorsque le prince sort de la légalité, cesse d'observer la loi du Livre, de l'accord de la nation, le devoir d'obéissance s'évanouit, pour faire place à la résistance organisée.

C'est, on peut dire, le jeu de la clause *rebus sic stantibus* qui serait à la base du contrat de califat si cher aux théoriciens légistes.

Ce devoir d'obéissance se double d'un devoir d'assistance. L'un, en effet, ne va pas sans l'autre. On peut dire que l'un est, à un certain point de vue, la conséquence de l'autre.

Au point de vue des principes, lorsqu'il s'agit des droits de Dieu, tout musulman doit veiller à leur sauvegarde, et par conséquent assister le souverain au prix même de sa vie. C'est un devoir strict pour le sujet de prêter son aide à l'autorité légale lorsqu'il en est régulièrement, c'est-à-dire justement et équitablement requis, et un droit pour le prince de compter sur cette assistance.

On serait tenté d'assimiler ce droit à la réquisition. C'est un droit d'une tout autre nature. Plus large à certains égards, il est plus strict à d'autres.

C'est une charge essentiellement gratuite qui pèse sur tout sujet, car sa personne et ses biens appartiennent à son Maître et l'assistance qu'on lui réclame tend, par hypothèse, à la protection et à la sauvegarde d'un droit de Dieu, comme la répression des infractions à la loi et la défense de la foi, l'extension de l'islamisme par la guerre sainte ; en somme, c'est une aide dans l'intérêt général, dans l'intérêt supérieur de la communauté ; parce qu'aussi, Dieu a confié sa loi à la garde de tous les musulmans,

Tous doivent donc concourir, selon leurs moyens à en assurer le respect.

Mais ce droit du prince ne doit pas être un moyen d'attenter à la propriété et à la liberté des personnes, de quelque manière que ce soit. Cela serait illégal, le motif qui justifie sa conduite étant vicié ; dans ce cas, le musulman doit refuser de participer à une action que Dieu réprouve ; dans les cas douteux, la réputation de piété plus ou moins grande du prince, et de l'agent qui exécute ses ordres, la voix de sa conscience de croyant, doivent être les seuls motifs de sa conduite.

CHAPITRE VII

Des droits du Calife sur les biens des sujets

Nous venons de voir que la wilaya générale, instituée toute au profit des musulmans et non du calife, ne comprend en aucun cas la propriété de la personne de ses sujets et n'entraîne jamais négation du principe de l'inviolabilité de la personne. Au contraire, elle en est la sanction la plus énergique et la plus certaine : elle puise sa raison d'être précisément dans la protection de ces droits individuels. Eh bien, elle ne comprend pas plus dans ses attributs la propriété, de quelque nature qu'elle soit, des biens en la puissance des assujettis.

Nous avons vu que l'homme pour réaliser sa fin avait besoin de la propriété de soi-même, que cette indépendance serait vaine s'il n'avait pas la libre disposition des choses qui sont matières à son activité ; aussi Dieu lui a-t-il conféré le libre usage des choses du monde extérieur comme complément nécessaire de sa liberté personnelle. Le libre usage

serait commun à tous — nul homme ne pouvant interdire à un autre homme ce que Dieu a permis et par conséquent, irait à l'encontre du but que Dieu se propose, en mettant les hommes dans l'état de pouvoir user tous à la fois d'une même chose — s'il n'avait pas créé un état qualifié de permis qui a pour but de placer une chose en la puissance d'un seul à l'exclusion de tous les autres et qui est la propriété (1). Dieu l'élève même au rang de piliers fondamentaux de la religion, puisqu'un de ses commandements est d'acquitter les zakats. Or, cette aumône repose essentiellement sur l'existence de la propriété intangible ; le calife ne saurait, en vertu d'un prétendu pouvoir supérieur de disposition de ces choses, enlever cette voie de salut aux musulmans et s'opposer à l'accomplissement d'un commandement de Dieu (2).

Ce caractère nécessaire et sacré s'oppose donc absolument à l'existence au profit du prince d'un droit supérieur de disposer de la propriété. Au surplus, Dieu fait obligation au calife de respecter et de protéger les biens des particuliers. Témoin cette proclamation d'Ali à ses troupes : « Marchons contre

1. S. II, v. 27 et S. IV, v. 8 et 37.

2. Le prophète a dit : « J'ai reçu l'ordre de combattre les hommes jusqu'à ce qu'ils disent : il n'y a de Dieu que Dieu. Lorsqu'ils l'ont dit, *leur sang et leurs biens me deviennent inviolables, sauf aux causes de droit.* »

(les rebelles et les schismatiques), ceux qui veulent, en nous faisant la guerre, devenir les maîtres et les tyrans des peuples, asservir les serviteurs de Dieu et disposer de leurs biens. »

Il y a une seule exception à ce principe de l'inviolabilité de la propriété privée : c'est le cas de guerre sainte. Le calife peut disposer des biens de ses sujets dans l'intérêt des opérations militaires, se fondant sur le geste du Prophète qui prit le cheval d'un riche Mekkois et le donna à l'un de ses soldats qui n'en avait point.

On peut dire que cette exception n'en est pas une en réalité, la guerre sainte étant, dans l'acception du mot, un droit de Dieu et dès lors le droit de l'esclave est inférieur, ceci est d'ailleurs formulé dans ce verset : « Dieu a acheté aux Croyants leurs biens et leur personne pour leur donner le paradis en retour » (1).

Ce princen'a pas le droit d'expropriation pour cause d'utilité publique ; au nom du même principe il n'a pas plus le droit de confisquer les biens de ses sujets, pour quelque cause que ce soit, le cas unique est celui où un musulman se serait joint « aux ennemis de Dieu et de sa religion » pour les aider à triompher de ses frères. La confiscation est alors une peine commandée par Dieu, basée sur ce que ce croyant a abjuré sa religion : il est devenu infidèle, traître à

1. *Coran*, S. IX, v. 112.

son Dieu, il a commis le crime de haute trahison. Mais ni l'apostasie, si l'apostat revient à contrition, ni la rébellion (et la guerre entre deux États musulmans est assimilée à la rébellion), ni le brigandage, ne légitiment, de la part de l'autorité, l'atteinte portée aux biens des particuliers fauteurs de ces troubles, inviolables et sacrés par la grâce de Dieu.

Le principe est si rigoureux, si vrai que la loi interdit au souverain d'imposer aucune charge sur les biens des musulmans, qui aurait pour conséquence de porter atteinte à la propriété. On pourrait, en effet, lui reconnaître un certain droit de propriété éminente, si le prince pouvait, à son gré, imposer indéfiniment ses sujets, mais nous savons qu'il n'en est rien. Il n'existe que deux catégories d'impôts : les zâkats et le kharadj sous toutes ses formes, impôt réel ou personnel. Celui-ci frappe la personne des infidèles ou les terres conquises. C'est une charge qui est invariable, une fois fixée, en raison du caractère contractuel dont nous avons parlé. Le souverain n'a le pouvoir légal d'en modifier le tarif que dans un sens favorable aux imposés, dans le cas d'un appauvrissement général du pays ou de récoltes nulles, par exemple.

Quant aux biens des musulmans, ils ne peuvent être touchés que par un seul impôt, qui a d'ailleurs beaucoup plus le caractère de faveur divine que de charge publique, car il a pour vertu de purifier et

de légitimer auprès du Seigneur la possession des richesses.

Nous en avons vu le caractère divin, bornons nous ici à remarquer qu'il est minutieusement réglé par la Loi et qu'il ne peut être modifié par le prince ni dans son assiette, ni dans son quantum. Cette impuissance légale du prince d'atteindre la propriété de ses sujets par le moyen le plus légitime dans toutes les autres sociétés, nous voulons dire l'impôt, est la preuve la plus manifeste de la réalité et de l'efficacité du principe de l'inviolabilité de la propriété privée.

CHAPITRE VIII

Nature des droits du souverain sur le territoire

Section I. — Le principe fondamental que nous venons d'exposer s'applique dans toute sa rigueur aux biens meubles et à la propriété bâtie. Le problème est beaucoup plus compliqué et délicat lorsqu'il s'agit du sol du territoire, car d'autres principes viennent se greffer, sans d'ailleurs l'abolir, au principe de l'inviolabilité absolue de la propriété privée.

En tant que vicaire du Prophète et, par voie de conséquence, en tant que lieutenant de Dieu sur la terre, titulaire d'une délégation divine, le prince a une puissance d'une nature particulière sur le sol non seulement du territoire national, mais de toute la surface de la terre. Cette puissance se traduit par un droit de propriété sous-jacente, suspendue, immobilisée par le droit de la propriété musulmane. Dès que la terre est sortie de la puissance de l'individu, dès qu'elle est sans maître, le droit de propriété du

vicaire du Prophète réapparaît pour être suspendu à nouveau en cas de nouvelle appropriation privée.

Le fondement de ce droit réel de wilaya générale est dans ce dogme fondamental de la tradition musulmane : « La terre appartient à Dieu, à son Prophète et aux musulmans » et le calife est le successeur du Prophète, vicaire de Dieu. En combinant avec ce dogme, le dogme de la liberté individuelle et du principe de la propriété et en n'oubliant pas que la solution qui doit prévaloir est celle qui est la plus conforme à la volonté de Dieu, c'est-à-dire qui permet à l'individu de réaliser plus amplement et plus facilement sa fin, nous sommes obligés de nous prononcer dans le sens favorable à l'individu, et de reconnaître que le principe de la propriété privée est supérieur parce qu'il est plus impérieux. Et ceci pour la double raison de la lettre des textes sacrés et de l'interprétation conforme à leur esprit.

Dieu a dit : « Nous avons écrit... que la terre sera l'héritage de nos serviteurs justes » (1) et puis « Dieu a créé pour vous tout ce qui est sur la terre » (2). Complétant ces paroles, le Prophète a dit : « Qui-conque vivifie une terre morte en devient propriétaire. »

Cette wilaya spéciale des hommes sur les choses

1. *Coran*, S. XXI, v. 105.

2. *Coran*, S. II, v. 27.

doit l'emporter sur la wilaya plus générale du calife ; c'est un principe fondamental que la puissance spéciale l'emporte sur la puissance plus générale laquelle ne confère qu'un vague droit de contrôle tout platonique et sans attributs d'intervention directe — il ne s'agit naturellement pas du cas où l'une puise sa source dans l'autre.

Quant au hadith que nous venons d'énoncer, certains légistes ont interprété le terme final « et aux musulmans » dans le sens de l'État musulman. Cependant tel n'est pas, croyons-nous, le véritable sens. On doit dire plus exactement que la terre appartient à Dieu originairement, au Prophète ensuite et après lui aux musulmans non pas *ut universi*, mais *ut singuli*, de sorte que la terre vacante et sans maître fait retour à Dieu, le calife la conservant non comme administrateur des domaines des musulmans mais comme chargé de la mission supérieure de sauvegarder les droits de Dieu. Dès lors, une conséquence s'impose : point n'est besoin de l'autorisation de personne pour vivifier une terre morte, le précepte exprimant une volonté divine, étant absolument général et sans restriction d'aucune sorte à l'initiative privée.

Notre thèse ne peut être erronée, car tel était bien l'esprit des légistes fondateurs des quatre rites qui se partagent l'Islam orthodoxe ; quoique par des voies différentes, nous arrivons aux mêmes conclusions

que ces docteurs. C'est en effet dans notre sens que se prononcent les imams Hambal, Chafeï, Malek, celui-ci sous la réserve suivante : l'autorisation est exigée au voisinage des lieux cultivés et habités, et relativement aux endroits sujets à revendication. Mais cette autorisation a manifestement plus pour but de constater le caractère de terre morte du sol que de conférer la propriété.

L'imam Abou Hanifa, seul, exige l'autorisation du prince pour tous les cas, d'ailleurs pour des raisons purement d'opportunité politique. Mais son autorité est considérablement affaiblie par ce fait que si lui en fait une condition essentielle de l'attribution de la propriété, ses disciples Abou Youssef et Mohamed pensent que même sans cette autorisation, la propriété de la terre est acquise de plein droit à celui qui la vivifie.

Ces solutions favorables à l'individu sont en parfaite conformité avec le caractère de généralité absolue du précepte et aussi avec la volonté manifeste de Dieu de poser que le travail est le seul fondement de la propriété au sein de la terre d'Islam.

Le caractère de cette autorisation lorsqu'elle existe doit être celui d'une collation nécessaire de la propriété après la mise en valeur effective du sol.

Mais si pour les musulmans les solutions sont relativement aisées, la question est très discutée lorsqu'il s'agit du dhimmi. Celui-ci peut-il, par application du

précepte relatif aux terres mortes, devenir propriétaire en terre d'Islam ? La quasi-unanimité des légistes (Abou Hanifa se prononce cependant en sens contraire) tire argument de ce que Dieu a dit, que la terre appartient aux musulmans et de ce que devenir propriétaire à l'égal du Croyant aurait pour effet de sortir le dhimmi de l'état d'infériorité humiliante où Dieu l'a mis, pour lui refuser le bénéfice de cette règle.

Nous croyons que le problème se résout par une distinction. Il faut envisager : 1^o la terre d'Islam qui a cette qualité « dès l'origine », c'est-à-dire la portion de l'Arabie qui a été le berceau de l'Islam et les pays qui ont spontanément, ou sur invitation des musulmans adhéré à l'Islam ; et 2^o la terre conquise à main armée sur les infidèles et qui n'a pas été partagée entre les vainqueurs. Cette dernière devient propriété collective de la communauté à titre privé ; et l'on conçoit que la mise en valeur par le dhimmi des terres mortes comprises dans ce territoire soit subordonnée à un acte de concession de l'administrateur légal de la communauté musulmane, puisque par hypothèse ces terres ne sont pas sans maître.

L'autorisation ne s'impose pas, au contraire, en terre d'Islam proprement dite, en raison de la portée absolue du hadith qui fait dépendre l'appropriation de l'acte même de vivification, et de ce que ces terres

mortes sont véritablement vacantes et sans autre maître que Dieu.

Cependant pour sauvegarder le principe du maintien obligatoire de l'infidèle dans l'humiliation et la règle en vertu de laquelle l'infidèle puise sa personnalité juridique et ses droits civils dans la volonté du calife qui les lui octroie, on exige une autorisation pour la forme ; tous les légistes paraissent considérer cette collation de la propriété comme nécessaire. Ils semblent même incliner vers la même solution en cas de mise en valeur par le dhimmi d'une terre morte du domaine de l'État, perdant de vue l'origine déjà lointaine de ce domaine et son caractère de propriété collective privée, et se fondant sur ce que Dieu, par le précepte « quiconque vivifie une terre morte en devient propriétaire », a voulu consacrer le fondement de la propriété par le travail. « Dieu, par l'effet de sa miséricorde vous a donné la nuit et le jour, tantôt pour vous reposer tantôt pour demander à sa bonté des richesses par le travail » (1).

Qu'il s'agisse de musulmans ou de dhimmys — en dehors du cas du domaine musulman — il est manifeste, nous y insistons, que l'autorisation du prince est, non pas une condition essentielle, à l'égal de l'élément mise en valeur, mais une simple formalité préalable qui est exigée dans l'intérêt de la paix

1, *Coran*, S. XXVII, v. 73.

publique, l'occasion d'une enquête à l'effet de rendre publique l'intention du requérant de s'approprier tel terrain et de provoquer en temps utile l'intervention des tiers intéressés pour éviter les procès ultérieurs. Cette enquête a pour but de constater en outre le caractère de terre morte du sol, constatation d'autant plus utile que la législation sur ce point était extrêmement touffue et imprécise (1).

1. Aucun des quatre premiers docteurs de l'islamisme n'a donné de définition complète et assez précise de la « terre morte ». Elle revient à peu près à celle-ci : la terre morte est celle dont personne ne tire aucune utilité, toute terre impropre à la culture. Au ^{xiv}^e siècle, Khalil la définit : « celle qui n'est grevée d'aucun droit particulier. » Il faut, en outre, que cet état d'abandon remonte à une époque très reculée, voulant dire par là qu'elle doit être présumée n'avoir appartenu à aucun titulaire légal connu. Il faut, de plus, qu'elle ne soit pas à une certaine proximité de la terre vivante, qu'elle n'empiète pas sur ce qu'on appelle le « harim » : près des lieux habités, il faut, dit Abou Youssef, qu'elle soit éloignée de sorte qu'on ne puisse pas entendre une forte voix humaine partant de la ligne extrême de la terre vivante (L'imam Mohamed néglige le harim et n'en tient pas compte). Khalil exige que la distance soit d'un jour aller et retour : « toute terre morte située dans le voisinage d'un fonds rural est grevée, pour l'utilité de ce fonds, d'une servitude de pacage et d'affouage dans un rayon d'un jour de distance permettant d'y aller et d'en revenir utilement. » A l'intérieur de ce harim, la mise en valeur d'une terre morte doit être subordonnée à l'assentiment des propriétaires des terres avantagées. Il y a une série de « harims » spéciaux : autour des arbres, des puits, etc... une certaine circonférence englobe la terre grevée d'une servitude légale au profit des propriétaires. Enfin il ne faut pas que cette terre morte n'ait pas été ou ne sera pas dans un avenir certain et prochain affectée à un service public. Mais cette affectation n'est pas arbitraire : il faut, écrit Khalil, qu'elle

Ainsi compris ces préceptes positifs du Prophète sont une puissante raison qui explique et affirme incontestablement la supériorité de la propriété privée, particulière, sur celle de l'État qu'elle prime.

La « wilaya générale » du droit public classique ne comprenait donc qu'un élément réel, cette prérogative qui consistait en un droit de propriété sur le territoire de l'Islam et qui débordait sur toute la surface de la terre ; droit de propriété sous-jacente, subsidiaire, qui reprend sa vigueur lorsqu'aucun droit particulier ne le paralyse, droit de propriété non pas éminente mais supplétoire qui est le droit d'empire universel de Dieu sur toutes choses du monde extérieur et que le prince exerce en qualité de vicaire, mais restreint par un effet de sa bonté, comme il a plu au Maître de l'Univers de le faire au profit de ses créatures. « Dieu (n') est (que) l'héritier de la terre et de tout ce qu'elle porte... » (1).

soit justifiée et destinée à une utilité déterminée, qu'en outre, elle ne touche le « maouate » que dans une « juste mesure. »

Quant à la mise en valeur, on distingue deux phases : la prise de possession et la mise en valeur effective. Pour la première, il suffit de la clôture pour écarter tout autre individu ; mais, si pendant trois ans le possesseur n'a rien entrepris, son droit de priorité tombe. Pour l'acquisition de la propriété il faut la mise en valeur effective du sol. Khalil écrit : « sont considérés comme travaux de mise en valeur suffisante : la découverte ou l'aménagement d'une source, les constructions, plantations, labours, défrichements, terrassements, épierrements, aplanissements du sol ; non la simple clôture, ni le pacage du bétail, ni le creusement d'un puits pour l'abreuver. »

1. *Coran*. S. XXI-v 89.

Section II. — Dans la lutte sourde mais acharnée du pouvoir social contre l'autonomie de l'individu, au cours de la perpétuelle extension de la personnalité de l'État envahissant le domaine de l'activité individuelle, les principes si favorables à l'individu, si simples et si clairs, des temps primitifs de l'Islam, se dénaturèrent en se compliquant et la notion de wilaya se brouilla à l'envi.

Le caractère de mandataire du calife, d'administrateur des biens de la Communauté musulmane s'altéra et s'effaça peu à peu pour faire place au despotisme du prince, détenteur de la puissance de par la volonté divine.

A l'âge d'or de l'islamisme, lorsqu'un territoire, une province était conquise, les musulmans en expropriaient les habitants en vertu de leur droit de propriété originaire.

Eux seuls, en effet, avaient des droits naturels, imprescriptibles et sacrés ; il n'est point de droit qui n'émane de la volonté de Dieu et cette volonté est dans *le Coran*. Or, il est dit dans *l'Écriture* : « Dieu a créé pour vous tout ce qui est sur la terre » et le Prophète a dit : « la terre est à Dieu, à son Prophète et aux musulmans ». Les infidèles sont donc des usurpateurs ici-bas ; la force permettra aux musulmans de recouvrer l'exercice de leur droit de propriété sur la terre qui rentre ainsi dans le giron de l'Islam. Ce droit de propriété des musul-

mans sur la terre existe donc dès l'origine et d'une manière absolue.

Les conséquences de cette doctrine furent remarquables. Tout le territoire conquis sur les infidèles était partagé entre les musulmans (il était appelé « fei » retour », les Musulmans ne faisant que reprendre ce qui leur était dû de droit). De bonne heure on ne partagea plus que le fei mobilier ; les terres, dès les premières conquêtes du Prophète et surtout sous le règne d'Omar, au lieu d'être partagées entre les citoyens — tous soldats — ce qui aurait menacé l'armée de dispersion, et contribué à amollir les vertus guerrières de ces nomades devenus propriétaires fonciers, ces terres furent déclarées propriété de la Communauté et biens de jouissance collective. La Communauté étant perpétuelle, le seul moyen de faire profiter tous les musulmans, présents et futurs, était l'inaliénabilité et la conservation de ces terres, la Communauté ne jouissant que des revenus.

Pour conserver son armée intacte Omar défendit même à ses soldats de s'établir dans ce domaine national.

Celui-ci était exploité par les habitants auxquels on laissait la vie sauve et la jouissance de leurs terres à titre de fermiers, moyennant un loyer appelé kharadj. Le calife, en tant que représentant des musulmans, administrait ces domaines, en perce-

vait les revenus et les répartissait entre les ayants droit, sous le contrôle incessant, actif et énergique des musulmans, très jaloux de leurs prérogatives. Les califes orthodoxes déclaraient à tout instant qu'ils n'étaient point propriétaires de ces deniers, mais qu'ils n'en étaient que les dépositaires : en disposer pour leur profit personnel était à leurs yeux commettre un abus de confiance, le péché le plus noir qui se puisse commettre.

Mais ce caractère s'atténua de plus en plus pour disparaître définitivement, lorsque les vieux musulmans, conservateurs des traditions, se dispersèrent et disparurent, que le nombre des Croyants devint trop grand pour qu'ils pussent veiller eux-mêmes à la gestion de leur patrimoine et affirmer leur droit ; que les vertus s'amollirent dans le luxe et l'opulence ; que l'obéissance passive et le respect absolu dû au souverain entrèrent dans les mœurs ; que la religion cessa d'être, dans les consciences, le promoteur des actions et la source de l'énergie, du courage et de la probité politique pour la répression des tendances despotiques des califes ; lorsque les conversions se généralisèrent parmi les vaincus d'hier, aujourd'hui citoyens, mais qui gardaient malgré tout leur infériorité de fait et continuaient à voir par habitude, par atavisme, dans le calife, le despote dispensateur suprême des faveurs... Ce jour-là le prince géra ces domaines comme une chose sienne ;

la notion de l'État naissait et se substituait à la notion primitive d'association ; par le même coup le domaine musulman, de propriété privée qu'il était, acquit le caractère de propriété publique appartenant à l'État, notion abstraite, et incarnée dans la personne du calife dont le droit de disposer de ce domaine devint un droit régalien, tenu de Dieu seul ; le conflit entre la propriété publique et la propriété privée, particulière, était né avec l'opposition de l'État à la Nation.

Tandis que le domaine privé des musulmans entraînait dans les attributs souverains de l'État, un mouvement parallèle et contraire se dessinait pour développer la propriété au détriment des droits régaliens de l'État et tendait rien moins qu'à effacer la notion de domanialité publique.

Les principes ne résistent point contre la poussée des nécessités économiques et sociales — ils ne subsistent, quelque sacrés qu'ils soient, que s'ils ne heurtent pas trop de front le cours des lois immuables de l'évolution humaine. — Le principe de l'inaliénabilité des terres domaniales immobilisait la presque totalité de l'empire, la Syrie, l'Irak et l'Egypte sous bénéfice de discussion, ayant été lors de la conquête déclarés propriété de la communauté Musulmane. Les habitants n'étaient pas propriétaires de la terre de leurs aïeux et ne s'accommodaient pas du tout d'un pareil statut.

De plus les musulmans, las de gloire et de fièvre mystique, aspirant aux jouissances mondaines et tombant dans un matérialisme terre à terre, demandaient des terres.

Othman inaugura une politique de concession de pleine propriété. Les Ommeiades, pour satisfaire les exigences de leurs partisans et l'appétit général continuèrent ces pratiques et laissèrent même les musulmans acheter des terres aux dhimmys. Cette pratique est sanctionnée par Omar II en l'an 100 de l'Hégire.

Enfin le régime de la concession de pleine propriété payant seulement la dîme était étendu à toutes les terres d'Arabie et de Syrie devenues vacantes par la mort du tenancier.

Notons ici un point très important : puisque Othman lui-même a fait des concessions de pleine propriété de terres domaniales, et qu'il fut suivi par ses successeurs, c'est que l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine national n'était pas des principes sacrés immuables, mais bien d'ordre coutumier, principes qui ont changé sous son règne par l'accord de la nation, contrairement à l'opinion des légistes officiels des siècles ultérieurs qui secondaient le prince dont ils recevaient le mot d'ordre et voulaient réagir contre l'envahissement du domaine impérial.

Cette pratique se doublait d'un phénomène d'im-

portance capitale et très curieux, phénomène qui a beaucoup contribué à mêler la notion de terres de concession de jouissance et terres d'appropriation privée, en faveur de cette dernière.

Le Kharadj était surtout au début le signe de la qualité d'infidèle ou tout au moins de converti, situation humiliante, en tout cas inférieure à celle de vieux musulman et de vainqueur. On devine ce qui se passa : le vieux musulman qui s'établissait en terre conquise, propriété collective, dont il n'avait que la jouissance, se refusait de payer le Kharadj, dégradant pour lui, et ne consentait à acquitter que la dime, privilège honorable, que Dieu a octroyé à ses serviteurs. Les convertis l'imitaient et faisaient l'impossible pour payer non le Kharadj qui révélait leur origine, et qui était du reste très lourd, mais la dime, arguant de leur qualité de musulmans. Nous voyons Omar II, sous l'empire de cette pression, libérer du Kharadj tout dhimmi qui se convertissait.

Or, la dime qui ne frappait que la propriété musulmane seule légale, était l'indice extérieur de la propriété ; le dimable, logiquement, tout naturellement, de bonne foi, au bout d'un certain nombre d'années, réclamait donc son droit de propriété sur la terre, ce droit étant devenu possible en terre conquise en raison de nombreuses concessions de pleine propriété octroyées par l'autorité. Ainsi si la condition juri-

dique de la terre déterminait à l'origine le mode d'imposition, celui-ci réagissait à son tour sur la propriété foncière : une présomption de propriété certaine se créait au profit du dîmable, seulement un droit de jouissance au profit de celui qui payait le Kharadj, la propriété étant présumée appartenir à l'État.

Bien plus, même dans cette dernière hypothèse, le caractère domanial des terres occupées par les tenanciers s'affaiblissait.

D'abord les populations tributaires s'étaient converties. Cela avait eu pour effet de leur étendre de plein droit les privilèges et droits de tout musulman. La dîme était un de ces privilèges et elle était payée à côté du Kharadj dans nombre de provinces.

Conséquence : dans ces provinces, tout en acquittant le Karadj, l'habitant se considérait néanmoins comme propriétaire, état que Dieu a permis à tout musulman. Et le pouvoir, notamment lorsqu'il était faible, était obligé de tenir compte de cet état de fait irrésistible qui avait pris la forme d'une situation juridique s'identifiant avec la propriété.

Le second phénomène est la transformation du caractère censitaire du kharadj, en impôt régalien.

Au début le Kharadj était nettement un loyer ; le Prophète disait : « Le Kharadj est le résultat d'un bail à loyer » (Hladith). C'était le prix de la jouis-

sance de ces terres obtenue par contrat entre les habitants et le prince musulman.

A ce titre, le Kharadj était fixe, perpétuel, non susceptible de modifications unilatérales. Mais le fait de la conversion des habitants lui enleva ce caractère contractuel; et le phénomène que nous venons de développer, savoir l'extinction progressive de la notion de domanialité aidant, le prince put modifier à volonté le Kharadj, qui acquérait ainsi le caractère d'impôt.

Il eut même le sens générique d'impôt tout court. Or, nous avons vu que le Kharadj censitaire était le signe extérieur, révélateur du caractère domanial du sol. Cet impôt transformé ne permettait donc plus de retrouver les terres de la couronne.

Cependant, la notion de domanialité, de terre tributaire s'effaçait dans l'esprit du peuple et était remplacée par celle de la propriété privée, pleine et entière.

La possession se stabilisait à mesure que le fait de la conquête reculait dans l'Histoire, la propriété privée ou ses apparences était tellement entrée dans les mœurs que les légistes, sous l'Empire décadent des Abassides, impressionnés par cette stabilité, nièrent qu'il y eût à l'origine une expropriation absolue des habitants et prétendirent que même dans ce cas, leur conversion avait eu pour effet de les réintégrer dans leur droit de propriété.

S'attaquant à la notion de domanialité, ils contestèrent avec raison d'ailleurs, le caractère inaliénable et imprescriptible du domaine de l'État, qualités qui, si l'on admet l'application intégrale de la théorie que nous avons exposée au début de cette section, doivent permettre au prince de poursuivre le recouvrement de la propriété de ces terres, en quelques mains qu'elles se trouvent. Les anciens docteurs avaient qualifié de « wakf » le domaine de l'État, ce qui lui conférait l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité. Le sens de « wakf » fut contesté, discuté. El Bannani déclare, se basant sur l'opinion du cheikh Mustapha Er-Remaci, que dans l'espèce le mot « Wakf » ne voulait pas dire autre chose que « suspension de partage ». Es-Saïdi conclut qu'il ne peut être question d'un habou ordinaire. Enfin, on ne peut retrouver l'auteur originaire de la formule « Wakf ».

De son côté, le prince résistait de toutes ses forces et voulait sauvegarder ses droits domaniaux surtout dans les périodes où le faste de la Cour absorbait insatiablement les revenus de l'empire.

A la faveur de l'équivoque, le prince englobait, dans ses revendications domaniales presque toutes les terres de l'Empire, et naturellement, il y avait des juristes pour légitimer ces revendications et son droit de disposer des terres de l'Empire, tout le territoire ayant été conquis sur les Infidèles.

Écoutons Derdir rapporter la situation foncière de l'Égypte au xvii^e siècle :

Après avoir posé le principe de la domanialité des terres jadis conquises sur les infidèles, il en déduit que les traitants ne devraient être que de simples collecteurs d'impôts. Il poursuit : « Tout cela est vrai pour ceux qui admettent comme nous et comme l'école Hanéfite, que les terres ont été séquestrées lors de la conquête et n'ont été laissées aux vaincus qu'à titre de jouissance précaire.

« A plus forte raison, selon l'opinion chaféite, basée sur la reconnaissance de la propriété privée en vertu de la capitulation de l'Égypte, il semblerait que le traitant ne saurait avoir aucun droit de disposer à son gré de la matière imposable ; cependant, par une étrange contradiction, le chef de cette école et ceux qui ont suivi ses errements admettent qu'il en a la pleine disposition, c'est-à-dire qu'il peut, à son gré, garder ou expulser le détenteur réel, augmenter ou diminuer la surface dont la jouissance lui a été laissée, ou exiger tel loyer qu'il lui plaira, serait-il même au-dessus de ses forces. Ainsi le malheureux fellah n'a que le choix de payer ou d'abandonner la terre qui l'a vu naître.

« Cette coutume oppressive s'est maintenue jusqu'à nos jours en Egypte, y donnant lieu à tout ce que de malheureuses créatures de Dieu peuvent supporter d'injustices et de spoliations. Cette terre, dit

le traitant, je l'ai achetée, je l'ai payée de mon argent, je ferai d'elle et de ses cultivateurs ce que bon me semblera, ainsi que les ulémas m'en reconnaissent le droit. Et l'on voit ces jurisconsultes se soutenir les uns les autres, et pousser leur fatale doctrine jusque dans ses conséquences les plus extrêmes, au point de décider que dans le cas où une même circonscription appartiendrait indivisément à deux traitants, si l'un d'eux veut sa part, l'autre peut la racheter par droit de retrait, comme s'il s'agissait d'une vente immobilière. Ainsi, voilà de simples agents fiscaux devenus propriétaires du sol dont ils ont affermé l'impôt... Demandez à ces juges sur quelle source du droit ils ont basé leur sentence ils vous répondront : « Nous avons trouvé cette coutume établie par nos pères, qui ont conquis le pays sur cette nation, et nous l'appliquons ! » (1)

Ce passage nous montre jusqu'à quel point est arrivée la confusion de la domanialité et de la propriété privée. Dans cette lutte, appuyé sur l'armée, qui n'était plus le peuple en armes, mais composée de mercenaires, le pouvoir souverain était le plus fort. Cependant, l'idée de propriété avait tellement pénétré dans les esprits que le prince transigea. On résolut la difficulté par une distinction ; on dissocia le droit de propriété : le prince eut le domaine éminent,

1. Cheikh Derdir. — *Commentaire du Mokhtaçar de Khalil*. Traduction Seignette.

le possesseur, le domaine utile. De ce nouveau compromis, dont les termes se dégagèrent vers le XVIII^e siècle — autant qu'on peut assigner une date à des événements qui sont le produit d'une très lente élaboration sociale, le résultat d'un conflit séculaire qui commença sous les premiers Omméiades, et où les solutions extrêmes et contraires triomphaient alternativement selon l'époque, le pays, la force et la politique économique du pouvoir, — de ce nouveau compromis, disions-nous, le souverain tira des conséquences qui ne sont rien moins que la négation du principe de la propriété individuelle qui avait été, comme nous l'avons vu, à l'origine de la propriété fondée sur le travail. Désormais la source de la propriété est dans la volonté du prince : le propriétaire foncier n'est plus qu'un concessionnaire de sa terre que le prince est libre de lui laisser ou de lui retirer.

Cependant, sous l'influence des doctrines ou plutôt des nécessités économiques, sous l'influence aussi, et cela ne fait aucun doute, du droit européen, la propriété dans les pays musulmans acquit un degré de fixité légale inconnue depuis des siècles. C'est le retour pur et simple aux anciennes doctrines orthodoxes, du moins dans la forme et en fait, en attendant que le fait se transforme complètement en droit. Car en droit, en principe, la doctrine pernicieuse et despotique du droit de propriété éminente

et supérieure au profit du prince sur toutes les terres du territoire musulman est encore à la base de l'organisation du droit de la propriété (1) même acquise par vivification de terres mortes conformément à la loi pourtant au-dessus du pouvoir humain et terrestre du prince.

1. Nous lisons dans l'ouvrage de M. Chiha (*la Propriété immobilière en Turquie*), les passages suivants qui reflètent bien cet état de la propriété : « Les terres de dîme et les terres de Karadj, quoique données en toute propriété et soumises au régime des terres « Melk » dont il a déjà été question, ne perdent pas néanmoins, d'une manière définitive, leur caractère de terres domaniales. En effet, l'avant-dernier paragraphe de l'article 2 (du Code de la propriété foncière de 1275) dispose que toute terre de dîme ou de Kharadj, au décès sans héritiers de son propriétaire, fait retour au domaine public et devient ainsi terre « mirié » domaniale », page 36. Si elle avait été la propriété pleine et entière du *de cujus*, elle aurait été à Beit-el-Mal pour être affectée à des œuvres pieuses et charitables.

Et plus loin, page 40 : « Toute personne qui aura besoin d'une terre morte, pourra, moyennant permission de l'autorité compétente et à condition que le droit de propriété reviendra à l'État » en faire le défrichement et la mettre en culture » (art. 103 du C. prop. fon.).

CHAPITRE IX

Fin de la « wilaya générale »

L'acquisition du droit d'exercer la « wilaya générale », nous l'avons montré, est subordonnée à des conditions de capacité ; la nation s'est obligée à l'obéissance parce que le prince présentait les garanties suffisantes de moralité, de science et de caractère, pour être jugé digne du pouvoir califal. Ces garanties sont donc recherchées en vue de l'exercice de l'autorité ; dès lors, il est de toute évidence que ces conditions doivent continuer à être indispensables et obligatoirement exigées d'une manière continue chez le titulaire de la puissance.

La « wilaya générale » ne subsiste donc qu'en tant que la capacité du prince demeure entière ; une des conditions nécessaires venant à faire défaut, la wilaya tombe par l'effet normal de l'avènement d'une condition résolutoire. C'est là une conséquence remarquable de la théorie contractuelle.

Non moins remarquables sont les conséquences

tirées du caractère de droit public du contrat de califat. Dans ce contrat, en effet, les conditions requises pour la capacité ultérieure, permanente, sont moins rigoureuses que celles exigées pour la capacité initiale, et ceci eu égard à la gravité de cet acte considérable et dangereux qu'est un changement de souverain.

Deux catégories de causes mettent fin à la wilaya générale, dont les unes naturelles ou normales comme la mort, l'abdication, qui peut être volontaire ou forcée, les autres entraînant la déchéance du titulaire: c'est la lésion morale qui comprend l'impiété et l'hérésie sous bénéfice de discussion, la lésion physique, comme un défaut du corps (perte de la raison, de la vue, des membres, etc.), ou encore lorsque le calife est sous l'empire d'une contrainte physique qui l'empêche d'exercer son pouvoir sans chance de libération. Le cas visé est notamment celui où le prince serait prisonnier chez les Infidèles et que l'on perdrait tout espoir de le délivrer.

Comment s'opère cette déchéance? Se produit-elle de plein droit ou faut-il que la nation déclare le calife déchu de sa puissance?

Question controversée!

Si l'on s'en tient aux principes juridiques qui régissent le califat, et à la doctrine du contrat de califat, la première solution s'impose strictement. Mais ses conséquences présentent de trop graves

dangers sociaux. Cette résolution du contrat qui est à la base des relations des individus avec le pouvoir, a pour effet de délier les sujets du devoir d'obéissance, et tous les actes accomplis par le calife ou par ses délégués sont frappés d'une nullité absolue et rétroactive du jour de l'événement qui a provoqué la déchéance.

Tous les actes de gouvernement, ceux d'administration, perception d'impôts, nominations de fonctionnaires, qui peuvent avoir nommé à leur tour d'autres fonctionnaires, tout l'édifice s'écroule, tout est frappé d'illégalité, depuis l'instant incertain où se produisit la déchéance présumée.

Aussi, considérant le caractère *sui generis* de ce contrat, la généralité des auteurs admettent la seconde solution, la solution politique, plus conforme aux intérêts supérieurs de la nation.

Mais si la déchéance doit être prononcée par la nation pour être juridiquement opérante, y a-t-il obligation pour elle de la prononcer? L'opinion communément professée par les docteurs sunnites est qu'il y a faculté pour la nation. Celle-ci doit s'inspirer des intérêts supérieurs de l'État. Elle doit examiner si, de cette décision, il ne résulterait pas de troubles; elle doit comparer le mal que causela mauvaise conduite du calife ou son infirmité, avec cette éventualité de troubles, et des deux maux choisir le moindre.

En un mot, dans ces matières, c'est l'opportunité politique qui doit prévaloir sur les solutions juridiques, et la nation reste seule juge du point de savoir si elle doit conserver ou déposer son souverain reprochable.

Sans être taxés de kharedjisme, nous pouvons dire que cette doctrine de la faculté, très sage en elle-même, a le tort d'être absolument contraire à la lettre et à l'esprit de la loi.

Elle est toute inspirée de considérations politiques, elle ne saurait prévaloir contre les textes précis et impérieux du *Coran* et de la Tradition, qui font une obligation stricte aux citoyens de se soulever contre le souverain, textes que, pour éviter les redites, nous analysons plus loin à propos du contrôle.

CHAPITRE X

De l'obligation réciproque de la nation et du prince de conseiller et de prendre conseil

Il est une règle de conduite recommandée par Dieu que, par conséquent, tout musulman doit observer à la lettre dans toutes les circonstances de sa vie : c'est de prendre conseil avant d'agir.

Il est dit dans l'Écriture : « Lorsque tu entreprends quelque chose, mets ta confiance en Dieu », ce qui signifie : Consulte ceux qui possèdent le Livre divin ; demande-leur ce que Dieu a dit.

« Les croyants, hommes et femmes, sont amis les uns des autres ; ils se recommandent mutuellement le bien et s'interdisent mutuellement le mal (1). »

On demandait au Prophète en quoi consistait la fermeté, la résolution. Il répondit : « Il faut vous entourer de conseils » (Hadith), voulant marquer par là que la discussion, la délibération, évitent l'indécision et les regrets, sources de l'erreur.

1. *Coran*, S. IX, v. 72.

Ali répétait souvent : « Pas de conseil, pas de « sagesse. »

Cette maxime, d'une portée générale, acquiert dans le droit public une importance considérable, en raison des intérêts primordiaux que les décisions du souverain mettent en jeu.

Son importance fondamentale est attestée par cet ordre de Dieu adressé à son Prophète cependant impeccable et sage : « Consulte-les (les musulmans) « dans leurs affaires (1). »

Sans doute ce verset ne concerne point les actes du Prophète qui sont l'effet de l'inspiration divine, mais pour tous les autres actes, il y conformait sa conduite et ne faisait pas un geste de quelque importance sans demander l'avis des musulmans.

A « l'affaire du Fossé » (l'an V de l'hégire), le Prophète était sous les coups des Juifs dont les positions étaient plus avantageuses. Menacé d'une défaite certaine, il voulait à tout prix tenir et conserver ses positions. C'est sur le conseil de ses compagnons qui s'étaient d'abord assurés qu'il n'agissait point par ordre de Dieu, qu'il modifia ses plans. Il décida de creuser la fameuse tranchée, qui lui ramena la victoire si riche en conséquences.

La belle institution des appels à la prière, si imposante, quand, à l'aube du jour, la voix grave

1. *Coran*, S. III, v. 153.

et pénétrante des muezzins retentit du haut des minarets, est le produit d'une de ces délibérations avec son peuple : « Le Prophète souvent disait à ses compagnons. « Donnez-moi vos conseils » (Hadith).

Abou Horeira rapporte qu'il n'a pas vu quelqu'un demander plus souvent conseil à ses compagnons que le Prophète (Hadith).

A plus forte raison, cette règle de la délibération préalable de la nation, érigée en principe, est-elle obligatoire pour le prince, son lieutenant et successeur. Dieu le déclare formellement : « Consulte-les « dans leurs affaires. » Il récompense « ... ceux qui « se soumettent à leur Seigneur, qui délibèrent en « commun sur leurs affaires (1). » Il a dit encore : « Consulte les Musulmans lorsque les circonstances « l'exigeront, et après que tu auras pris leur avis, tu « peux agir en confiance ».

Il est de toute évidence que Dieu désigne dans ses commandements les musulmans en général. C'est donc la nation musulmane qui est investie de la mission précieuse de conseiller le prince et de délibérer sur les décisions à prendre. Mais ce ne sont point tous les musulmans indifféremment. Il ne s'agit que du pays légal, des ulémas, de ceux qui sont versés dans la science du Livre et de la Tradition, et qui ont acquis par ce fait un grand ascendant sur

1. *Coran*, S. XLII, v. 36.

leurs concitoyens et, partant, voix prépondérante. Au temps des premiers califes, c'étaient principalement les Compagnoûs, plus tard, ce furent les docteurs légistes et les juristes.

Omar Ibn-ez-Zobeir rapporte que le Prophète a dit, lorsque les Musulmans l'eurent autorisé à rendre les captifs de Haouazin : « Je ne sais pas quels sont « ceux qui m'autorisent à le faire, et ceux qui ne m'y « autorisent pas ; retournez chez vous, et consultez « vos chefs. » Ce disant, il affirmait que les chefs, les notables, sont la voix du peuple.

Il importe cependant que ces ulémas, ces notables ne soient pas les agents du prince, qu'ils n'aient aucune attache avec le gouvernement, afin qu'ils puissent exprimer leurs opinions en toute liberté et indépendance. Le Prophète a dit : « Les ulémas sont « les garants des Prophètes, tant qu'ils ne sont point « en relation avec le souverain pouvoir » (Hadith).

Le principe bien compris, et appliqué selon le véritable esprit de la loi, serait donc que l'organe délibérant de l'État, composé des illustrations du pays, ne comprît, autant que possible, que des personnes absolument étrangères à l'administration et au personnel du gouvernement.

Sans doute, il est utile et même nécessaire d'avoir des conseillers-fonctionnaires, agents du pouvoir exécutif ; mais ils ne suffisent pas, ils ne présentent pas assez de garanties pour assurer le maintien et le

règne de la Loi, déclare le Prophète ; et, partant, pas assez de garanties d'indépendance et de sincérité pour la nation.

Si nous examinons les pratiques des califes orthodoxes, les « dirigés de Dieu » (Hadith), ceux dont le Prophète recommanda de suivre strictement les principes de conduite, et pour cause, nous voyons ces princes se conformer à ces règles, dont le caractère fondamental était plus que jamais mis en évidence.

Dès son avènement au califat, Abou Bekr harangua le peuple dans ces termes : « Je suis un imitateur, « et non un innovateur. Si je fais bien, assistez-moi, « si je suis dans l'erreur, redressez-moi. »

Ouar disait : « Le prince qui ne reçoit pas de conseils et celui qui en reçoit sont comme l'homme « aveugle et sourd et l'homme qui jouit pleinement « de tous ses sens ! »

Nous avons vu la maxime dont Ali faisait sa règle de conduite.

La conduite de ces califes fut identique. Tous les vendredis, notamment, après avoir présidé à la prière, le calife rendait compte, au peuple assemblé, des faits du gouvernement, et des nominations des hauts fonctionnaires, gouverneurs de province ; ceux-ci en faisaient autant dans leur lieu de résidence.

Aboulféda rapporte dans ses *Annales* qu'un certain Ziad Bou Abihi, très jeune encore, se distinguait par son éloquence, dans une de ces assemblées

tenues par Omar en personne. C'est encore dans une de ces mêmes assemblées que l'établissement du « diwan » fut décidé par Omar après une longue discussion, et sur la proposition d'un voyageur qui vit fonctionner cette institution chez les Byzantins.

Cette obligation pour le prince de consulter la nation avant de prendre une décision de quelque importance, entraîne avec elle une double conséquence. D'une part, la nation n'est pas libre de lui refuser ses conseils : sur elle pèse le devoir catégorique d'assistance au souverain ; sur elle pèse l'obligation de lui apporter toute sa science, toute sa sagesse et son expérience. Cela résulte d'abord du devoir d'obéissance et d'assistance dû au souverain par tout sujet musulman. Ensuite, c'est la contrepartie logique de l'obligation du prince. Si Dieu lui a créé l'obligation de demander son avis, il a certainement entendu qu'il devra être donné, puisque c'est une règle de conservation sociale, faite dans l'intérêt de la religion.

D'ailleurs, le Prophète a dit : « Le calife juste et « modeste est l'ombre de Dieu et son glaive sur la « la terre. Celui qui le conseille dans son intérêt et « dans celui du peuple de Dieu, Dieu lui accordera « sa protection ; celui qui le trompera sur sa personne « et sur son peuple, Dieu l'abandonnera au jour du « Jugement dernier. » Or, si le prince demande l'avis d'un musulman et si celui-ci s'abstient de faire

une réponse qu'il croit juste cependant, il trompe manifestement son prince, et encourt le châtiment de Dieu.

D'autre part, au devoir du prince, correspond le droit corrélatif de la nation d'être consultée. Si le souverain ne lui demande rien, elle est tenue de lui faire entendre ses conseils. L'institution du califat n'est point légitimée par Dieu dans l'intérêt du souverain, mais dans le but d'organiser le mieux possible la protection des droits sacrés de Dieu et des musulmans. Il ne saurait dépendre du prince de les compromettre par son ignorance et ses errements.

Indépendamment de cette raison déduite des principes fondamentaux à la base du droit public, il y a des textes précis qui légitiment cette prérogative de la nation. En effet, il résulte du Hadith ci-dessus, que Dieu voit avec faveur les musulmans prodiguer leurs conseils à leur prince, et il suffit que cet acte soit agréable au Seigneur pour qu'elle le revendique comme un droit.

Il a dit en outre : « O mon peuple, agis selon tes forces, moi j'agirai aussi » (1), pour éviter les malheurs dont la nation est menacée, il est certain que l'habileté politique du prince n'est pas indifférente à leur avènement.

Ces conseils en tant qu'opinions personnelles ne

1. *Coran*, S. VI, v. 135.

lient aucunement le prince. Ils ne doivent pas porter atteinte à la plénitude du pouvoir souverain. Les décisions de cet organe délibérant ne sont exécutoires qu'après sanction du prince qui les fait siennes, celui-ci reste libre de sa décision, et il est le seul à pouvoir conférer aux actes, en vertu de sa wilaya générale sur la nation, leur force exécutoire.

Mais que dire du cas où la nation, organe consultatif, se prononce en matière légale sur un point de droit ?

Dans ce cas, ce n'est point un simple avis qu'elle donne, mais ce qu'elle croit être la volonté de Dieu. Beïdaoui assimile justement cette consultation du pays légal à la « fétoua ». Or, celle-ci a un caractère obligatoire pour le juge ; on est donc obligé de conclure à l'adoption obligatoire, pour le prince, des résolutions prises par l'assemblée, d'autant plus que la nation, lorsqu'elle se prononce en matière légale, est infaillible (1).

La décision est prise à la majorité.

En effet, d'une part, il est un principe admis que l'opinion, la doctrine qui fait loi, est la doctrine notoire, celle qui jouit d'une commune renommée ; d'autre part, l'unanimité est exigée pour qu'une doctrine fasse loi. Notoriété équivaut, par conséquent, à unanimité.

1. Hadith.

Ce qui est adopté à la majorité est donc réputé pris à l'unanimité.

La question, si simple en apparence, est cependant assez complexe, car dans cette majorité, il entre, outre l'élément numérique — *major pars* — un autre élément délicat à déterminer : c'est la qualité des majoritaires, et le degré d'autorité dont ils jouissent dans la nation.

C'est ce que le droit canonique appelle, à un certain point de vue, la *sanior pars*.

CHAPITRE XI

Du droit de contrôle de la nation sur les actes du prince

La wilaya générale du calife n'est point, nous l'avons vu, la souveraineté absolue de Dieu ; elle n'est pas l'autorité absolue du maître sur l'esclave : c'est une puissance instituée dans l'intérêt de Dieu et des musulmans afin d'assurer le respect de leurs droits respectifs. L'inviolabilité, l'irresponsabilité du calife n'opèrent donc que dans la limite de sa « wilaya » légitime, dans le cercle normal de ses attributs. Étant une restriction, une atteinte au principe originaire de liberté et d'indépendance de l'individu, la « wilaya » du prince doit s'interpréter restrictivement et n'avoir d'efficacité juridique qu'en tant qu'elle cherche à atteindre le but pour lequel nous croyons que Dieu l'a manifestement créée, but tout de tutelle et de protection.

Dieu a ordonné au prince d'être juste, car « la Justice est la gloire de la Foi » (Hadith). Dis-leur :

« Mon Seigneur ordonne l'équité » (1), car il a dit à David : « Et lorsque tu décides entre tes sujets, juge selon l'équité et la justice ». « Dieu n'aime pas les oppresseurs » (2). « L'oppresseur des fidèles devient l'ennemi de Dieu lui-même » atteste Ali. Il a ordonné au prince de suivre strictement les prescriptions de la Loi. « Ceux qui ne jugeront pas d'après les Livres que nous avons fait descendre d'en haut sont infidèles » (3). Suprême déchéance et suprême menace !

Le prince doit observer encore dans l'exercice du pouvoir une grande modération un tact irréprochable et beaucoup de pondération d'esprit. Dieu déteste « ceux qui se livrent aux excès » (4).

Équité, justice, observance stricte des prescriptions du Livre de Dieu, modération dans la conduite et dans les actes, voilà ce qui maintient dans sa légitimité, l'exercice de la « wilaya » de la Puissance.

Alors seulement l'obéissance et l'assistance du peuple sont dues sans discussions ni réticences. Le Prophète a dit : « Écoute et obéis même si c'est un esclave abyssin au visage balafre. »

Mais qui a mission de veiller à ce que le prince se maintienne dans la légalité ? Qui est juge du point de savoir si le prince a transgressé la Loi et par

1. S. VII, v. 28.

2. S. XLII, v. 38.

3. S. V, v. 49.

4. S. XXVI, v. 151.

conséquent si ces actes sont juridiquement inopérants? Ce soin incombe à la nation musulmane représentée par son élite, qui sont, nous l'avons vu, les ulémas, non les fonctionnaires, mais les docteurs libres de toute entrave officielle et pouvant exprimer leurs opinions sans autre crainte que celle de Dieu.

Ce soin incombe à la nation parce que :

1° La loi est confiée à la garde de tous; elle vient du ciel : il n'appartient pas à l'homme d'y toucher, tous les musulmans lui sont également sujets, le gouvernant comme le gouverné.

2° Dans les ordres et les sanctions qu'il édicte contre les écarts du prince, Dieu s'adresse aux musulmans directement. « Il est de votre devoir d'écouter ceux qui vous commandent et leur obéir tant qu'ils ne vous ordonnent pas de faire ce que Dieu désapprouve; s'ils l'ordonnent il n'y a plus à écouter ni à obéir » (Hadith).

Mais les citoyens pris individuellement ne sauraient se soustraire au devoir d'obéissance par le seul fait qu'ils ont jugé l'ordre illégal, surtout lorsqu'il s'agit du peuple — de la « raïa » — du troupeau comme on l'appelle. Cela mènerait à l'anarchie. Dieu, par la voix de son Prophète, a commandé à la minorité de suivre la majorité dans l'intérêt supérieur de l'unité religieuse, et cela surtout lorsqu'il s'agit de questions délicates et susceptibles d'interprétations diverses. « Celui qui voit chez son prince quel-

que chose qui lui répugne, doit la supporter, car un seul ne doit pas se séparer de la société d'un seul empan ; sinon il mourra d'une mort « giahilia » de la mort du païen (Hadith).

Quelles sont les limites de ce contrôle ? Il est évident que c'est un contrôle de tous les instants et sur tous les actes du gouvernement. Aucun ne saurait échapper à la censure des ulémas s'il est contraire aux prescriptions de Dieu et aux intérêts de la nation. Aucune raison d'État ne saurait prévaloir contre leur opinion, puisée dans le Livre de Dieu, puisque, par principe, *le Coran* est la vérité révélée et que c'est encore là que la conviction est certaine d'éviter l'erreur. « Si vous (la nation et le prince) n'êtes pas d'accord sur quelque chose, portez vos différends devant Dieu et devant l'Apôtre (c'est-à-dire *le Coran* et la Tradition) ceci est le mieux ; c'est la meilleure issue du débat (1) ».

Ainsi, dans sa mission de censeur, la nation doit constamment se reporter au Livre et à la Tradition, et, en cas de désaccord, c'est elle qui aura toujours le dernier mot, étant, dans l'unanimité de ses ulémas, infaillible lorsqu'elle se prononce en matière légale.

Ce contrôle n'est point une pure faculté pour elle : c'est une obligation et une obligation stricte pour la

1. *Coran*, S. IV, v. 62.

nation de veiller au maintien et à la gloire de la religion. « La justice est la gloire de la foi, le souverain y trouve sa grandeur et la nation sa force. » (Hadith). Il est du devoir des musulmans de maintenir et de développer cette gloire de la foi, car Dieu les a choisis comme dépositaires de cette foi, il est en droit d'exiger que la nation musulmane conserve sa force pour sauvegarder le sacré dépôt.

De plus « Dieu n'aime point qu'on divulgue le mal à moins qu'on ne soit victime de l'oppression » (1) car « il n'aime pas les oppresseurs. » Dieu verra donc avec faveur les hommes de sa nation dénoncer les abus, les actes répréhensibles du prince; et il suffit que cela soit agréable à Dieu pour nous faire une obligation de nous y conformer strictement.

Enfin, le prophète a dit : « Si quelqu'un d'entre vous remarque des abus, qu'il les fasse disparaître en y portant la main; s'il n'en a pas le pouvoir, qu'il les condamne par la parole et si la langue est trop faible, qu'il y travaille avec son cœur, (qu'il les condamne dans son for intérieur); ceci pourtant est l'indice d'une foi pusillanime et faible »; (Hadith), et encore « l'abolition d'une innovation sacrilège est préférable à l'action permanente de la loi ». (Hadith).

On ne saurait poser avec plus de vigueur le principe de l'obligation de contrôler les actes du prince

1. *Coran*, S. IV, v, 147.

et de dénoncer ses abus de pouvoir avec la dernière énergie. En termes énergiques le Prophète déclare qu'en présence des abus il faut se soulever et les réprimer par la force ; si on ne le peut pas, il faut les dénoncer au peuple et lui montrer le péril, et si le pouvoir est assez puissant pour museler les voix, il faut réprouver ses actes détestables et les condamner dans sa propre conscience pour satisfaire à cette obligation impérieuse de veiller au maintien de la légalité, devant Dieu qui en demandera compte au jour de la rétribution.

Les sanctions à ce contrôle sont extrêmement sévères et graves, elles sont de deux sortes : les unes préventives, les autres répressives.

On peut ranger parmi les premières le droit de conseiller pour la nation et l'obligation pour le prince de lui demander conseil. Mais, nous avons vu que, d'une façon générale, le prince n'est pas tenu de suivre ces conseils.

Dieu recommande ensuite de s'en rapporter au Livre saint et à la Tradition. « Si vous (le prince et la nation) n'êtes pas d'accord sur quelque chose, portez vos différens devant Dieu et devant l'Apôtre... ceci est le mieux » ; de dénoncer les écarts et les abus qui pourraient être relevés dans la conduite des gouvernants. « Dieu n'aime point que l'on divulgue le mal à moins qu'on ne soit victime de l'oppression. » Ceci dans l'espoir que le prince recu-

lera devant l'idée de comparaître devant le tribunal de l'opinion.

Un autre mode préventif très curieux c'est le moyen dilatoire. Lorsqu'on a des doutes sur la légalité d'un ordre du souverain, on doit obéir en principe ; mais on doit obéir sans empressement, avec lenteur, dans l'espoir que le prince reviendra sur sa décision. Nous voyons, en effet, ce moyen chaleureusement approuvé par le Prophète.

Ali rapporte que : « Le Prophète avait envoyé une petite troupe dont il avait donné le commandement à un Ansar, en enjoignant à ces hommes de lui obéir. Un jour qu'il était irrité contre eux, l'Ansar leur dit : le Prophète ne vous a-t-il pas enjoint de m'obéir ? — Oui, répondirent-ils. — Eh bien, je vous demande d'amasser un tas de bois, d'y mettre le feu et d'entrer dans le brasier. » Les hommes allumèrent le feu, mais au moment d'entrer dans le brasier ils s'entre regardèrent les uns les autres. Nous avons, dit l'un d'eux, suivi le Prophète pour échapper au feu, allons-nous donc maintenant nous y jeter ? » Pendant qu'ils discourent ainsi le feu s'éteignit et la colère de l'Ansar se calma. On rapporta ce fait au Prophète qui dit : « S'ils y étaient entrés, ils n'en seraient jamais sortis, l'obéissance n'est due que lorsqu'il s'agit du bien » (Hadith).

Mais ces moyens sont faibles étant purement platoniques. En cas d'insuccès, Dieu ordonne, par la

voix de son Prophète, l'action énergique pour prévenir les abus. « Prête assistance à ton frère, qu'il soit oppresseur ou opprimé » dit le Prophète. Un homme ayant dit alors « O envoyé de Dieu, je prêterai assistance à celui qui est opprimé, mais s'il est oppresseur, comment penses-tu que je puisse lui venir en aide ? » Le Prophète répondit : « en le retenant ou (selon une variante) en l'empêchant de commettre une injustice » (Hadith).

Si ces diverses mesures demeurent inefficaces, la nation aura épuisé tous les moyens susceptibles de maintenir la paix publique et d'éviter des malheurs au pays : le prince doit être frappé de déchéance. En face d'un chef résolu à poursuivre une conduite jugée contraire aux prescriptions de Dieu et aux intérêts fondamentaux de l'État et de la nation musulmane, il n'y a plus à écouter ni à obéir. Le prince a dépassé sa compétence, partant il n'a plus aucun pouvoir d'obliger ses sujets. Ceux-ci, à leur tour, sont déliés de leur serment de fidélité et d'obéissance par ordre du Très-Haut. Dieu édicte la résistance la plus acharnée et l'action la plus énergique pour faire cesser le trouble apporté à l'ordre établi par Lui et rétablir « ce qui était l'effet de la détermination la plus parfaite et la cause de l'ordination la plus sage ». « N'obéissez point aux ordres de ceux qui se livrent aux excès (1) ».

1. *Coran*, S. XXVI, v, 151.

Abdallah ben Omar rapporte que le Prophète a dit : « La soumission et l'obéissance sont dues par tout homme musulman, qu'il s'agisse d'une chose qu'il approuve ou qu'il juge répréhensible tant qu'on ne lui ordonne pas d'être rebelle à Dieu. Alors seulement il ne devra ni se soumettre, ni obéir » (Hadith). Le Prophète a dit : « Écoute et obéis à ton chef, même si c'est un esclave abyssin au visage balafre ; s'il te porte du tort, patiente ; s'il te prive, patiente ; s'il t'opprime, patiente (dans l'intérêt général) mais s'il a résolu de toucher à la religion, réponds-lui : « Je donnerais mon sang, ma religion, jamais ! » (Hadith). Les musulmans en armes se soulevant pour la cause de Dieu sont sous la protection de la Loi et de Dieu : « On ne pourra s'en prendre à l'homme qui venge une injustice qu'il aura éprouvée » ; au contraire « on s'en prendra à ceux qui oppriment les autres, qui agissent avec violence et contre toute justice » (1).

Tels sont les principes immuables par leur nature qui sont à la base, qui sont le fondement du droit de contrôle de la nation et qui sont la sanction des abus de pouvoir du souverain.

Les mêmes principes ont inspiré les actes des premiers califes, les califes « er-Rachidoun » ; et c'est une raison de plus si, toutefois, il est besoin

1. *Coran*, S. XLII, v. 39 et S. XLII, v. 40.

d'une autre raison que la volonté de Dieu et de son Prophète pour en accuser le caractère fondamental ; le Prophète a dit : « Prenez exemple sur moi et sur les califes justes (les califes orthodoxes) (Hadjith).

Dans son discours au peuple, lors de son avènement au califat, Abou-Bekr s'exprimait ainsi : « ... Si je fais bien, assistez-moi ; si je fais mal, redressez-moi : la sincérité est le signe de la confiance, le mensonge est une trahison. Obéissez-moi tant que j'obéis moi-même à Dieu et à son Prophète ; lorsque je leur désobéis, il n'y a plus pour vous obligation de m'obéir. Je suis un imitateur et non un innovateur. »

Ghazzali rapporte qu'Omar étant un jour monté en chaire comme il avait l'habitude de le faire, adressa au peuple ces paroles : « O vous tous qui m'écoutez ! si vous apercevez des écarts dans mon gouvernement, veuillez les redresser ! » Et aussitôt quelqu'un des assistants lui répondit : « En vérité, en vérité, si nous vous avions vu commettre des écarts nous les aurions redressés avec nos sabres ! » Et le calife, bien loin de se fâcher, répondit : « Béni soit Dieu qui a permis qu'on trouve parmi nous des hommes capables de redresser au besoin avec leurs sabres les écarts d'Omar ! » Ce calife était un ami de la justice et un défenseur sévère de la religion et de la dignité califale. S'il n'avait pas reconnu que ce langage énergique était conforme aux prescriptions

de la Loi, il est incontestable qu'il n'en aurait pas remercié Dieu. Le même auteur rapporte une anecdote qui nous montre cette fois non plus la reconnaissance solennelle de ce droit de contrôle, mais ce contrôle lui-même en action.

Le calife Moawia, ancien compagnon du Prophète, qui avait mis du retard à opérer quelques versements pour le compte du Trésor, était en chaire lorsqu'un individu l'interpella publiquement à ce sujet : « L'argent de l'État, lui dit-il, n'est le patrimoine ni de vous, ni de votre père, ni de votre mère ! » Et Moawia répondit résolument après réflexion : « Vous avez raison, cela n'appartient en propre ni à moi, ni à mon père, ni à ma mère ; venez tous prendre ce qui vous est dû. »

Les grands exemples historiques abondent, où nous voyons la nation, ou un fort parti de l'Empire se soulever contre l'autorité du calife qu'il a jugé être sorti de la légalité. La fameuse querelle d'Ali et de Moawia qui fut l'origine du chiisme est un exemple typique. Moawia rejetait en effet l'autorité d'Ali comme n'étant pas légitime ; il accusait le gendre du Prophète d'avoir contribué à l'assassinat d'Othman et déclarait en conséquence tous ses actes frappés de nullité. Ali, de son côté, très pénétré de l'orthodoxie de ses droits et appuyé en cela par une fraction de la nation, traitait Moawia et ses partisans comme de simples rebelles. Tous deux croyaient agir

dans la voie de Dieu et selon sa volonté. Plus tard les Sunnites donnèrent raison à Ali, mais ne condamnèrent pas Moawia et les musulmans qui le suivirent, puisqu'ils étaient tous convaincus qu'ils combattaient pour la cause de Dieu. Le même caractère s'attache à la grande révolte kharedjite.

A la suite de la victoire de Saffin, Ali s'en remit à l'arbitrage des hommes, pour décider à qui devra appartenir le pouvoir. Une importante fraction de la nation lui reprocha d'avoir confié à des humains le soin de décider, alors que la décision n'appartient qu'à Dieu (1) et jugeant cette faute comme un péché capital entraînant sa déchéance, ils se séparèrent de lui et élirent un autre imam.

Le même caractère s'attache aussi plus tard à celle du Maghreb au ix^e siècle (840) contre les innovations des gouverneurs arabes et notamment contre l'institution du Kharadj, alors que les habitants musulmans n'avaient payé jusque-là que la dime ; à celle toute récente de l'Empire ottoman lors des Tanzimats.

Tous ces soulèvements, ces rébellions sont une protestation contre les actes du prince jugés contraires à la loi.

1. C'est-à-dire que Dieu a dit : « combats les rebelles jusqu'à ce qu'ils rentrent dans l'obéissance ». Mais Ali s'en défendit en disant : je leur ai dit (aux arbitres) de décider, non d'après leur opinion personnelle, mais de dire ce que Dieu a dit à ce sujet, pour la religion de Moawia égaré.

APPENDICE

AUX CHAPITRES X ET XI

Dans toutes ces institutions, on remarque l'absence de toute espèce de juridiction, sorte d'aréopage composé des ulémas les plus réputés et qui, à l'occasion d'un conflit entre la nation exerçant sa mission de délibération et de contrôle et le souverain, serviraient d'arbitres.

Rappelons cependant l'essai malheureux d'un tribunal d'arbitrage pour la solution pacifique du litige pendant entre Ali et Moawia.

Disons aussi que l'établissement en Tunisie d'une Conférence consultative et d'un Conseil supérieur du gouvernement est, au point de vue théorique du moins, et d'une façon générale, conforme à l'esprit du droit public classique.

Dans le primitif Islam la chose était inutile, la confiance réciproque était entière et les califes étaient en odeur de sainteté auprès du Ciel. Plus tard les califes, devenus cependant des despotes, lorsqu'ils avaient la foi ardente, craignaient Dieu et rendaient hommage à la volonté de la nation.

Je voudrais rapporter ici une anecdote contée par Ibn Naqqah (traduction Belin) à ce sujet : « El Mahdi (quatrième calife abasside) employait des dhimmys dans l'administration de l'empire, ce que les musulmans réprouvaient avec indignation. Pour faire parvenir leurs sentiments au calife invisible, ils délèguèrent un des ulémas qui avait accès à la cour.

« Ayant été mandé un jour par ce prince, il s'abstint de se rendre à cette invitation ; ce que voyant, le calife en personne vint le trouver et lui demanda le motif de sa façon d'agir. Alors celui-ci lui dit, pour l'explication de sa conduite, que la foule des gens opprimés par les dhimmys encombrait sa porte ; puis il ajouta : « Prince des croyants ! Tu t'es chargé
« du dépôt de ce peuple. Déjà nous l'avions proposé
« au ciel, à la terre, aux montagnes, ils ont refusé de
« s'en charger (1) ; et tu remets ce dépôt, que Dieu
« lui-même t'a confié, tu te livres aux dhimmys plutôt
« qu'aux musulmans ! O prince des croyants ! n'as-tu
« pas entendu citer le commentaire que ton aïeul
« (Abbas, oncle de Mahomet) » donnait de ces paroles ?
Et ils disaient : « Malheur à nous ! Que veut donc dire
« ce livre ? Les petites choses comme les grandes,
aucune n'y est omise, il les a comptées toutes (2). »
Or, les petites choses, disait ton aïeul, c'est le sourire ; et les grandes, c'est le rire aux éclats. Imagine-

1. *Coran*, XXXIII, 72.

2. *Ibid.*, XVIII, 47.

toi alors ce que doivent être le trésor des musulmans, leurs dépôts, leurs secrets ! Je ne me suis permis, au reste, de tenir ce langage que pour te donner un indice sur les méfaits des dhimmys, qui ne parviennent pas jusqu'à toi. »

Ce calife révoqua aussitôt tous les fonctionnaires dhimmys et ajouta qu'il couperait la main au dhimmy qui accepterait une place dans l'administration de l'Empire.

Cette anecdote est typique et donne une idée très exacte du rôle que la nation doit jouer dans les affaires publiques, et du caractère des relations du prince et de ses sujets : rapports tout de courtoisie et de respect mutuels, la nation devant présenter ses décisions, sa volonté sous la forme de vœux, afin de conserver la dignité du califat et amener le peuple à considérer l'obéissance déferente et respectueuse — condition essentielle de l'exercice de l'autorité — due au souverain comme un devoir sacré et bienfaisant ; le prince devant se considérer comme absolument tenu de déférer au vœu de la nation. Il ne doit pas lui résister lorsqu'il voit que ce vœu est unanime. Sinon ce serait la ruine de son autorité, et il irait directement à l'encontre de ce qu'il avait pour mission de sauvegarder à tout prix, la paix sociale, sa résistance au vœu national amenant nécessairement, automatiquement si l'on peut dire, la rébellion des sujets et l'anarchie dans la légalité.

CONCLUSION

Nous concluons par les quelques observations suivantes :

Observation I. — En cette matière du califat, on est constamment frappé par les divergences, souvent très profondes, que l'on rencontre chez les légistes théoriciens du droit public, et même par des contradictions manifestes chez un même auteur. Mais à y bien réfléchir, ces contradictions, sont plus apparentes que réelles ou du moins elles s'expliquent lorsqu'on envisage la véritable nature du califat. Les quelques réflexions qui nous ont été suggérées par l'étude des textes nous ont permis de dégager les propositions que nous allons exposer et qui jettent une clarté suffisante pour faire comprendre le caractère hybride du califat.

Le vicariat du Prophète musulman a un double caractère, une double personnalité bien distinctes : le calife est successeur du Prophète et vicaire de Dieu sur la terre. Comme tel, il veille à la conservation des droits supérieurs de Dieu : ceux-ci englobent

tout ce qui tend à la conservation de la société, à la sauvegarde et à l'exaltation de la foi.

A ce titre il détient le glaive spirituel ; il est au-dessus de la société : il la domine de toute la hauteur de son pouvoir pontifical. Sa désignation doit émaner directement de Dieu, de son Prophète inspiré. Dans cette fonction « le calife juste (qui observe strictement la légalité) est l'image, l'ombre de Dieu sur la terre » (Hadith). Sa magistrature suprême, sa supériorité absolue le mettent au-dessus des lois pénales. Il est irresponsable devant les hommes, inviolable et sacré. Dans les limites tracées par la loi, bien entendu, il dispose souverainement du sacerdoce en faveur de celui qu'il juge digne du dépôt sacré, qualité dont il est l'appréciateur suprême.

Il doit pratiquer l'humilité et la pauvreté, la tempérance et la chasteté, la science et le courage.

La seconde personnalité du calife est toute sociale, de droit humain ; elle se rapporte au temporel des musulmans, à leurs intérêts terrestres et particuliers. Il faut un arbitre pour statuer sur leurs litiges et faire respecter les droits que Dieu a octroyés à chacun. Il faut un représentant de la communauté pour gérer son immense domaine et administrer son gigantesque empire. A ce titre le calife est un musulman d'entre les musulmans, *primus inter pares*. La qualité qu'il possède est celle de mandataire du

droit civil, sans autre supériorité que celle reconnue et librement consentie par la nation.

A ce titre il est soumis à la loi civile ; il en est même le premier serviteur par les devoirs que lui crée sa situation d'homme de confiance ; à ce titre il doit rendre compte de sa gestion à ses mandants ; il est responsable devant eux et révocable lorsqu'il a abusé de leur confiance ou de ses pouvoirs, ou lorsqu'il a cessé de remplir les conditions indispensables pour l'accomplissement de sa lourde tâche. Enfin il n'a aucune qualité pour disposer de son pouvoir en faveur de personne. La gratuité de ce mandat ne lui permet de prélever sur les deniers de la communauté que ce que celle-ci veut bien lui accorder pour vivre et tenir un rang dont le degré de splendeur doit être apprécié par elle et conformément à la tradition de l'Islam.

C'est, croyons-nous, cette dualité de caractère du pouvoir qui inspire les légistes dans leur souci extrême de légitimer l'exercice du pouvoir, à côté de l'élection et de la disposition régulière, par un texte du *Coran*, par un Hadith où Dieu aurait fait lui-même et directement la désignation du détenteur actuel du pouvoir. Il faut lire Soyouti et les historiens plus récents pour voir quelle ingéniosité déploient les commentateurs du *Coran* pour établir la volonté expresse de Dieu d'élever au califat les califes ortho-

doxes, les Omméiades, les Abassides et même les sultans de Constantinople !

Lorsqu'on ne trouve pas un texte authentique on forge un Hadith.

Donnons ici quelques spécimens de ces justifications. Ainsi dans le verset « il vous a institués comme ses lieutenants sur la terre », on prétend qu'il s'agit d'Abou Bekr et d'Omar.

Une autre opinion justifie le pontificat d'Abou Bekr de la façon suivante : Dieu a dit en parlant des pauvres « Mohadjer » : « Ce sont eux les véridiques. » Ceux que Dieu a qualifiés ainsi ne peuvent mentir ; or, ils ont appelé Abou Bekr « calife du Prophète » l'élection d'Abou Bekr était donc conforme au dessein de Dieu de le porter au califat.

Quant au califat de la Maison ottomane on invoque le Hadith suivant dont nous ne garantissons pas l'authenticité : « Certes Constantinople sera prise ; quel glorieux émir que celui qui l'occupera et quelle armée glorieuse que celle qui l'aura secondé ! » Or ce sont les Ottomans qui l'ont arrachée aux Byzantins. Ils sont donc, du témoignage solennel du Prophète, les seuls dignes du califat, les seuls qui soient capables d'en aviver l'éclat et la splendeur aux yeux du monde. On complète ce Hadith par ces paroles du Très-Haut : « Certes, nous avons écrit dans les « psaumes » que l'héritage de la terre (lisez la conduite du gouvernement du monde) est pour les hommes

justes. » Selon les Turcs, ces hommes sont précisément les Osmalis dont la piété, la justice et la générosité sont, paraît-il légendaires (1).

Par cette distinction nous nous expliquons de même cette parole des musulmans, lors de l'élection d'Abou Bekr et qui prouve combien cette notion de la dualité de nature du califat était claire chez eux : « Le Prophète a désigné Abou Bekr pour être notre chef religieux, pourquoi n'en voudrions-nous pas pour veiller à nos intérêts matériels ? » Ces mots impliquent, chez la nation, la conviction de l'absence de tout droit de toucher à l'imamat d'Abou Bekr ; son idjtihad consista uniquement à décider que le temporel était un accessoire du spirituel.

La notion de cette double personnalité s'émoussa bientôt sous l'influence des passions politiques et par la diversité des races et des tendances mystiques, matérialistes, philosophiques, du très vaste empire. Les chiïtes ne virent dans cette institution complexe que le côté mystique et l'accentuèrent si bien que le culte qu'ils ont voué à Ali et sa famille met dans l'ombre le Prophète lui-même.

Les Mo'tazellites, rationalistes, libres penseurs, reconnaissent le caractère de vicariat du califat mais non son essence obligatoire car, disent-ils, il suffit que les musulmans soient tous justes pour qu'il devienne

1. Voir Yasandji zadeh es-Saïed abdel Wahhâb, *Traité de l'obéissance due au souverain*.

inutile. On conçoit que le califat puisse ne pas exister. Les Arabes, épris de liberté, et jaloux de leur indépendance, exagérèrent le côté temporel et se jugèrent absolument maîtres des élections califales. Cependant l'Arabie ayant été le berceau de l'Islam, l'orthodoxie du dogme fut sauvegardée dans l'ensemble. Le principe de la dualité fut donc reconnu ; mais ses applications dévièrent. Ainsi le caractère obligatoire du califat, qui aurait dû découler de ce que Dieu l'a voulu ainsi pour les raisons que nous connaissons, le caractère obligatoire du califat, disons-nous, tire son existence uniquement de la volonté de la nation. De cet esprit découlent toutes les conséquences, si fécondes, qui ont pour effet l'interprétation des textes sacrés dans le sens favorable à la liberté et à l'indépendance de l'individu, dans le sens de l'intervention active et constante de la nation dans la conduite du gouvernement. Cette tendance affecte tout le droit public sunnite et donne au califat un caractère extrêmement humain. C'est ainsi que surenchérissant sur ces tendances, certains auteurs finissent par déclarer que ce que l'on appelle « droit de Dieu » n'est que « ce qui est en rapport avec l'intérêt général » ; qu'on rattache les droits de cette nature à Dieu par respect pour ces droits, pour faire honneur à ce qui est d'importance majeure, d'utilité extrême, et de si générale vertu que la totalité des hommes en retirent profit ».

Pour expliquer les versets et les Hadiths qui proclament que Dieu seul dispose du pouvoir, on dit que, lorsque la nation élit ou dépose son prince, elle ne fait en réalité qu'exécuter la volonté divine ; elle est le bras de Dieu. En effet, quand Dieu veut porter une de ses créatures au pouvoir, il lui donne toutes les qualités requises pour son exercice et la distingue ainsi d'entre tous les hommes. Lorsqu'il veut la frapper il la porte à commettre des actes répréhensibles et sa ruine est consommée.

Dieu n'a-t-il pas dit : « Et lorsque nous voulûmes détruire une cité, nous adressâmes nos ordres à ceux qui vivaient dans le luxe, et ils s'empressèrent d'y commettre des abominations ; ainsi se trouva justifiée notre sentence et nous détruisîmes la ville de fond en comble » (S. XVII, V. 17).

Il est indubitable que le droit du califat est la résultante de tous ces phénomènes ; les deux sortes de puissance réunies sur une seule tête ont fatalement déteint l'une sur l'autre ; l'influence réciproque des tendances ethniques a contribué à accentuer le caractère hybride du califat, l'imprécision, l'instabilité de ses règles.

Observation II. — Le caractère essentiel, dominant tout le droit public musulman sunnite, c'est la priorité et la supériorité absolue des droits naturels et imprescriptibles de l'individu sur les droits de la société. L'argument que le droit suppose la société

ne porte pas ici, car l'origine et le fondement des droits individuels se trouvent uniquement dans le *Coran* et la Tradition et indépendamment de toute autre considération. Hors de là nul pouvoir légal ne peut exister. Sans doute le *Coran* parle aussi de la wilaya, de l'organisation sociale ; on serait tenté d'en déduire que, la naissance et la création des droits respectifs de l'individu et de la société étant concomitantes que, s'il n'y a pas hiérarchie, il y a au moins égalité.

Erreur ! D'abord, on ne saurait parler de droits de la société. Cela serait contraire à la notion fondamentale de la wilaya qui est essentiellement une fonction à double caractère comme nous l'avons suffisamment démontré. Il n'y a donc au point de vue du droit public que des fonctions, des missions qui convergent toutes vers la protection la plus large possible et la satisfaction la plus ample des droits et des besoins de l'individu vivant en société.

Et, ouvrons ici une parenthèse, on conviendra qu'entre cette conception un peu confuse, il est vrai, en droit positif, mais certaine en doctrine, et la notion de service public comme fondement de l'autorité du droit public moderne, il n'y a pas un abîme.

Nous dirons en second lieu que le *Coran* n'en parle pas comme d'une institution obligatoire d'après la doctrine traditionnelle ; elle peut donc ne

pas exister elle n'est pas dans l'ordre nécessaire des choses ; c'est de l'accord des musulmans que l'organisation de l'État fut décidée comme obligatoire.

Nous venons de voir que les Mo'tazellites conçoivent même la vie sociale, l'activité légale de l'individu au sein du groupe sans autorité instituée, sans organisation aucune de l'État.

Il est vrai que les Chiites estiment le califat comme un pilier nécessaire au maintien de la religion, et que Dieu a institué pour une fin supérieure.

Observation III. — Il est remarquable que les légistes, après avoir dégagé le caractère restrictif, limitatif de la « wilaya générale » n'aient pas songé à organiser l'action, l'intervention du peuple formellement sanctionnée par la loi. Cette intervention sous toutes ses formes est cependant la clé de voûte de la conception de la « wilaya générale ». Nous pensons que cette lacune, au premier abord impossible, incroyable, s'explique fort naturellement par les circonstances. Dans le primitif Islam, les musulmans étaient suffisamment protégés par la foi puissante qui était au cœur des successeurs du Prophète et champions de Dieu. La nation était confiante dans les vertus du prince et son respect pour la légalité. De son côté, celui-ci puisant son inspiration dans sa conscience et la crainte de Dieu, consultait la nation à l'instar du Prophète et prévenait ses désirs.

Mais lorsque la foi s'éteignit dans les cœurs, les luttes entre le pouvoir et la nation inaugurèrent une ère de trouble ; l'autorité califale sortit vainqueur et gouverna sans frein. Elle avait pour elle la présomption de légalité, les sujets devant obéir et s'abstenir de discuter dans l'ignorance absolue des desseins du gouvernement ; favorisée par le luxe et les jouissances matérielles, l'habitude fut vite prise ; l'extension prodigieuse de la théorie erronée du fatalisme consumma la déchéance de ce peuple musulman (où il se donna en spectacle à l'Europe étonnée), lui qui avait foudroyé des Empires séculaires, asservi le monde ; lui qui était parvenu aux plus hautes destinées humaines.

Organiser la nation pour remplir sa mission auprès du prince, pour veiller au maintien de la légalité, est donc une nécessité, et une nécessité vitale, impérieuse, nous enseigne l'Histoire.

Il semble qu'après un sommeil plusieurs fois séculaire, les populations musulmanes du Saint-Empire universel aient commencé à en prendre conscience.

Vu: le Président de la thèse :
LARNAUDE

Vu : le Doyen
LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE PREMIER. — Fondement du droit de commander.....	14
CHAPITRE II. — Distinction de la souveraineté proprement dite de la « wilaya générale ».....	19
CHAPITRE III. — Assiette de la « wilaya générale ».....	23
CHAPITRE IV. — Exercice de la « wilaya générale ».....	26
CHAPITRE V. — Nature du droit de commander du calife.....	46
CHAPITRE VI. — Attributs de la « wilaya générale »...	53
CHAPITRE VII. — Des droits du calife sur les biens des sujets.....	80
CHAPITRE VIII. — Nature des droits du calife sur le sol du territoire.....	85
CHAPITRE IX. — Fin de la « wilaya générale ».....	106
CHAPITRE X. — De l'obligation réciproque pour la nation et le prince de conseiller et de prendre conseil.....	110
CHAPITRE XI. — Du droit de contrôle de la nation sur les actes du calife.....	119
CHAPITRE XII. — Appendice aux chapitres X et XI....	131
CONCLUSION.....	134



